صحيفه

﴿ ما وقع في هذا المجلد من بياض الاصل من نسخة الشارح رحمه الله تعالى ﴾

صحيفه	صحيفه	صحيفه	صحيفه	صحيفه	صحيفه	صحيفه	صحيفه	صحيفه
١١	١١	٤٦	١٣٠	٢٥١	٢٧٨	٣٤٥	٤٣٥	٤٥٢
			صحيفه	صحيفه	صحيفه			
			٥٣٣	٥٨٧	٧١٩			

﴿ ما وقع في هذا المجلد من الاسماء والكنى والالقاب [illegible] ﴾

﴿ ترتيب الاسماء كترتيب ابن الاثير من كتاب اسد الغابة [illegible] ﴾

﴿ حرف الالف ﴾

حوشب	الحاطـ	الجدى	الحسون	الحمى	حاسه الجسى	حرملة
١١٧	١٧٢	٥ ٥	٥٢٩	٦١٠	٦٧٦	٦٨٣

الحروريه	حاشيه
٧٢٢	٧٨٤

حرف الخاء

خارجه بن زيد بن ثابت	خالد بن الوليد رضى الله عنه	الخارقى	خزم
١٧	٩٢	٣١١	٤٨

الخلال	خراسان	خاط	خشيم
٥٤٩	٥٥٥	٦٦٣	٧٣٧

حرف الدال

داود بن ابى الفرات	دعاء	الدؤلى	الدراوردى
٢١٧	٧	٢١٨	٦٣١

حرف الذال

ذى الخامد	ذات بن	ذى اعصا الخ	ذوالدار
٤٨٦	٥ ١	٥٢٨	٧١١

حرف الراء

ر[illegible]

[illegible]

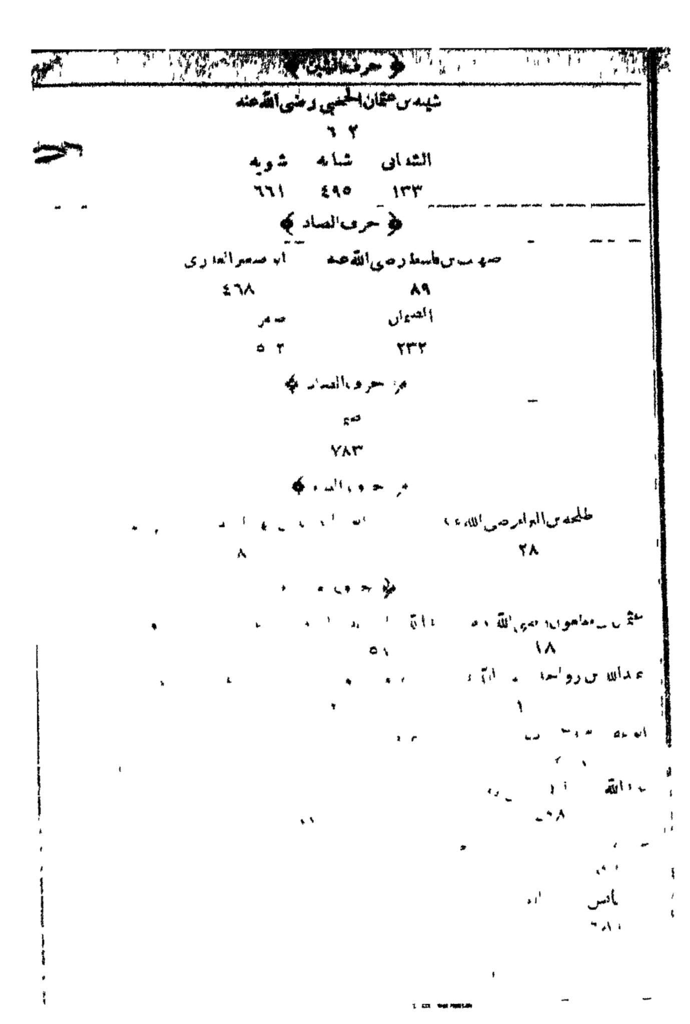
حرف [illegible]

[illegible]

٩٧

[illegible] الحواص رضى الله عنه	[illegible]	[illegible]	[illegible]
٦٢٧	[illegible]	[illegible]	٦٨٣

[illegible]



حرف الشين

شيبة بن عثمان الحجبي رضي الله عنه

٦٢

الشذائي	شاه	شويه
١٣٣	٤٩٥	٦٦١

حرف الصاد

صهيب بن سنان رضي الله عنه	أبو صرمة الأنصاري
٨٩	٤٦٨
الصدائي	صخر
٢٣٢	٥٠٢

حرف الضاد

ضمع

٧٨٣

حرف الطاء

طلحة بن البراء رضي الله عنه

٢٨ ... ٨

حرف العين

عثمان بن مظعون رضي الله عنه

١٨ ... ٥١

عبد الله بن رواحة

١

حرف العين

عتاب بن طلق	الفرقد	عزير الزهري	عريبة	عياث
٩٥	٢٠٩	٤١٣	٤١٧	٤٧٩

حرف الفاء

فضل بن عباس رضي الله عنه	فضالة	فلج	فروه
٤٨	٤٧٤	٥٤٥	٦٧٨

حرف القاف

[illegible] بن سعد رضي الله عنه	ابو قدامه الشكري	قاسم بن يحي بن عطاء الهلالي	قصصه
١٢٣	٣٠٥	٧٣٩	٥٣

القطري	قرط	الدلب	قرن	قرن الثعالب
١٠٣	١٢٥	٢٢٤	٤٩٤	٤٩٧

حرف الكاف

كعب بن مالك رضي الله عنه

٣٢٥

حرف اللام

اللؤلؤ

٤٥

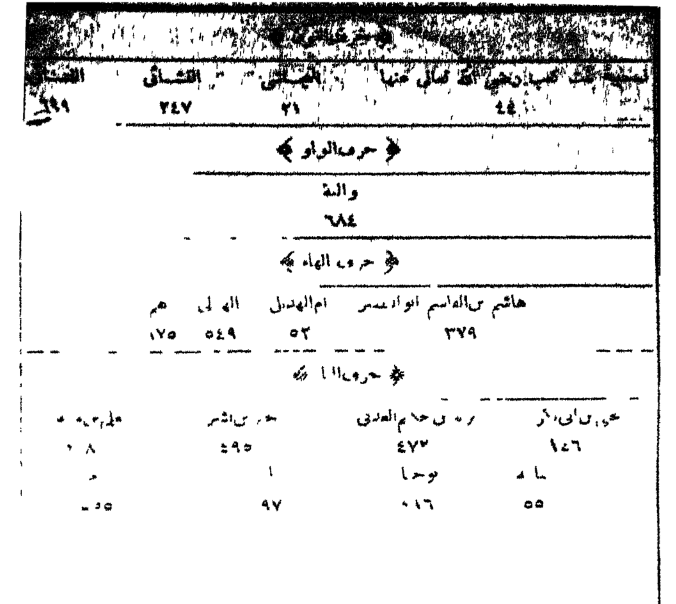
حرف الميم

[illegible]	[illegible] بن عمر رضي الله تعالى عنه	محمد بن كعب بن سليم القرظي
١٣[illegible]	٦٥	١٠٩

[illegible]	[illegible] رضي الله عنه [illegible]	[illegible] حال بن حلاوة الثاني
٢[illegible]	٢٠١	٣٠٢

[illegible] صلى الله عليه	[illegible] العاص رضي الله عنه	ابو [illegible] صلى الله عليه
٣١[illegible]	٧٣[illegible]	٧٤٣

[illegible]



[illegible]	الجمالي	الشاقي	[illegible]
٤٤	٢١	٢٤٧	٦٩٩

حرف الواو

والبة ٦٨٤

حرف الهاء

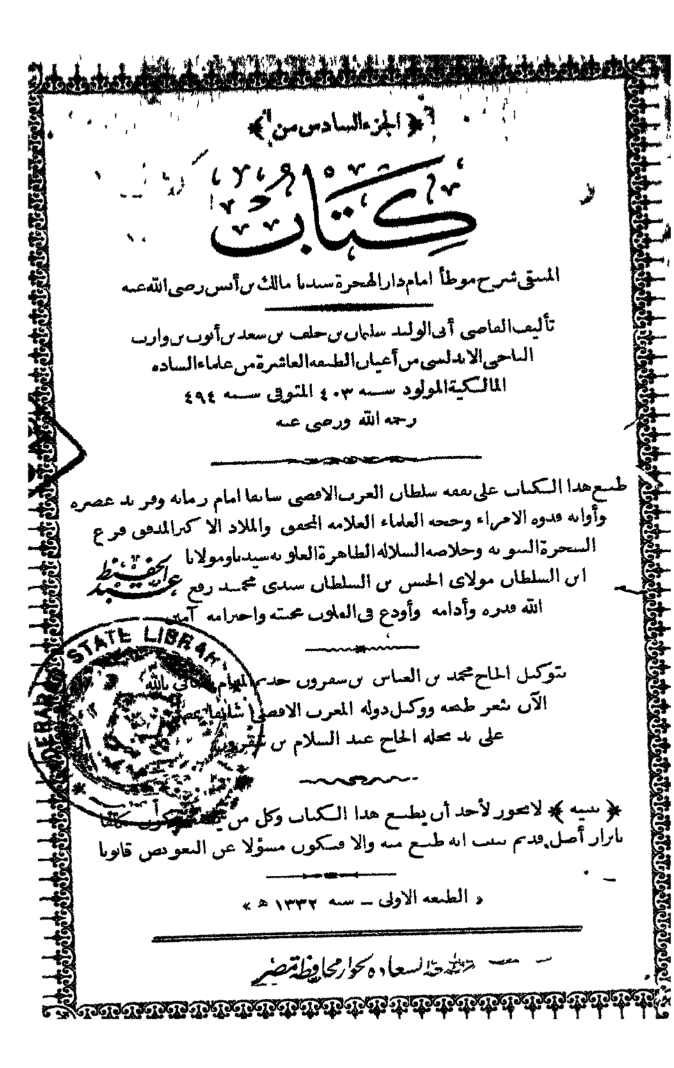
هاشم بن القاسم أبو النضر	أم الهذيل	الهذلي	هم
٣٧٩	٥٣	٥٤٩	١٧٥

حرف الياء

[illegible]	[illegible] العبدي	[illegible]	[illegible]
١٤٦	٤٧٣	٤٩٥	٢٠٨
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
٥٥	٦١٦	٩٧	[illegible]

الجزء الرابع من عمدة القاري لشرح
صحيح البخاري للعلامة العيني الحنفي
نفعنا الله تعالى به
آمين


بسم الله الرحمن الرحيم



﴿ الجزء السادس من ﴾

كتاب

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضي عنه

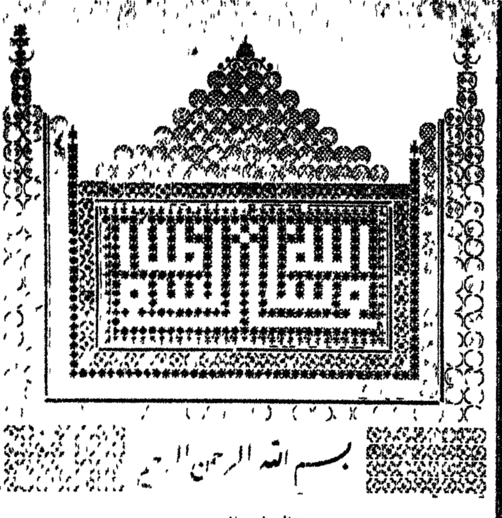
طبع هذا الكتاب على نفقة سلطان المغرب الاقصى سامينا امام زمانه وفريد عصره
وأوانه قدوة الامراء وعمدة العلماء العلامة المحقق والملاذ الاكبر المدقق فرع
الشجرة النبوية وخلاصة السلالة الطاهرة العلوية سيدنا ومولانا عبد الحفيظ
ابن السلطان مولاي الحسن بن السلطان سيدي محمد رفع
الله قدره وأدامه وأودع في القلوب محبته واحترامه آمين

بتوكيل الحاج محمد بن العباس بن شقرون خديم المقام العالي بالله
الآن بثغر طنجة ووكيل دولة المغرب الاقصى شأنها عصمها الله
على يد نجله الحاج عبد السلام بن شقرون

« الطبعة الاولى ــ سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

٤٢٠٣



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ القضاء في المنبوذ ﴾

عن ﴿ مالك عن ابن شهاب [illegible]

ابن الخطاب قال [illegible] إلى عمر بن الخطاب فقال ما حملك [illegible]

ضائعة فأخذتها [illegible]

[illegible]

المنبوذ [illegible]

يحيى [illegible]

([illegible]) وقول عمر رضي الله عنه [illegible]

اتهمه أن يكون [illegible]

وحمل [illegible]

على أن [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

﴿ القضاء في المنبوذ ﴾

* قال يحيى قال مالك عن ابن شهاب عن سنين أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذا في زمان عمر بن الخطاب قال فجئت به إلى عمر بن الخطاب فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح فقال له عمر أكذلك قال نعم فقال عمر بن الخطاب اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته

وليس له سبب ثابت يعرفه كالو[illegible]

(فصل) وقول سحنون وجدتها ضائعة فأخذتها يريد أنه أخذه لهذا الوجه لا لغيره من الوجوه التي يحتمل أخذه له وإن كان بعضها مكروهاً وبعضها مباحاً وإنما أخذه لأنه وجده في موضع يصيبه فيه إن تركه فأخذه لذلك ومن وجده بهذه الصفة لزمه أخذه لأنه لا يحل تركه للهلاك وأخذه على وجهين أحدهما أن يأخذه ليلتقطه فقد قال أشهب ليس له رده وأما إن أخذه ليرفعه إلى السلطان فلم يقبله منه السلطان فلا شيء عليه في رده إلى موضع أخذه ومعنى ذلك عندي أن يكون موضعاً لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه ويوقن أنه سيسارع الناس إلى أخذه

(فصل) وقوله عن سنة العرفاء وسادة الأجناد وقوادهم ولعلهم يقوا بذلك لأنهم يكونوا يعرف أحوال الجيش وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين لما رأى أن يرد السبي إلى هوازن فأذن له في ذلك الناس فقال إنا لا ندري من أذن في ذلك منكم ممن لم يأذن فارجعوا حتى يرفع إلينا عرفاؤكم وقال سليمان عمر دون الدواوين وجعل فيها أرباعاً وجعل عليهم عرفاء وقال يحيى بن سعيد الأرباع في جند الشام والأسباع في جند الكوفة والأخماس في جند البصرة قال عيسى فكان الذي وجد المنبوذ من عرافة هذا الرجل الذي أخبر عنه عمر فقال لعمر إنه رجل صالح على معنى أن يصدقه عمر في قوله ولا يرتاب [illegible] أو على [illegible] [illegible] مما عسى أن يتوهم عمر من جهته أن يطلب الأجر على [illegible] ما [illegible] من أن يأخذه للوجوه التي طلبها أن يكون إنما التقطه ليفرض له نفقة في بيت المال ويبقى [illegible] عنده [illegible] من ذلك [illegible] الصلاح والدين وليس هذا من باب [illegible] إلى [illegible] قول الشهادة وليس كل رجل صالح تقبل شهادته وتثبت عدالته وإنما يبقى بها [illegible] الصلاح مما خاف عمر أن يكون الملتقط المنبوذ له والله أعلم

(فصل) وقول عمر [illegible] على وجه [illegible] والاستيثاق وقوله [illegible] على وجه الإخبار له [illegible] وإن اللقيط حر [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible]

لفظ يحتمل التأويل فيكون معنى قول مالك ذلك ان لو علم ان عمر أراد ميتاً ولو ثبت عليه لم أخذ الله لتقارب الادلة في ذلك وترجيحها ولو ان مالكا قد تأول قول عمر لك ولاؤه أي قد جعل لك أن تتولى تربيته والقيام بأمره وأنت أحق به من غيرك وذلك ان من التقط لقيطا فهو أحق به من غيره فان نزعه منه غيره فقد قال ابن القاسم ان كان ملتقطه قويا على مؤنته وأمينا كان رد اليه قال أشهب ان كانا سواء أو متقاربين فالاول أولى فان خيف أن يضيع عند الاول فالثاني أولى به الا ان يطول مكثه عند الاول وليس اللقيط في صغره فالاول أحق به وهذا ان كانا مسلمين فان كان ملتقطه نصرانيا فقد قال أصبغ ينزع منه لئلا ينصره أو يدين أمره فيسترقه ويدعي ولاءه الاسلام لا ولاء العتق لأن اللقيط مجهول النسب فولاؤه لجماعة المسلمين والى هذا ذهب مالك وأكثر أهل الحجاز وبه قال الشافعي وروي عن علي بن أبي طالب انه قال اللقيط حر وله أن يوالي من أحب الذي التقطه أو غيره وبه قال ابن شهاب وعطاء وجماعة من أهل المدينة وقال النخعي ميراث اللقيط لمن التقطه وبه قال أكثر الكوفيين وقال أبو حنيفة ميراثه لمن التقطه الا ان يوالي أحداً فان [illegible] لم يعقل عنه وان عقل عنه لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه

(فصل) وقوله وعلينا نفقته يريد [illegible] مال المسلمين ان لم يكن له مال [illegible] مع عجزه عن التكسب وحوز الانتفاع بنفسه بعد [illegible] في المرار [illegible] اللقيط [illegible] [illegible]

أحد [illegible] (مسئلة) ولا [illegible]

ذلك الامام قاله القاضي أبو محمد قال وكذلك لو كان له مال لا [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] وقال أشهب لا شيء على الاب [illegible]

يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في المنبوذ [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

(فصل) [illegible]

[illegible]

الذي [illegible]

[illegible]

[illegible]

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه

﴿ القضاء بالحاق الولد بأبيه ﴾

* قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص ان ابن وليدة زمعة مني فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخي قد كان عهد الي فيه فقام اليه عبد

زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد
يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد الي فيه وقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش
وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قالت فما
رآها حتى لقي الله ﴿ش﴾ قولها أن عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن
وليدة زمعة مني فاقبضه اليك على حسب ما كان يفعله أهل الجاهلية فقد روي أن النكاح كان
عندهم على أربعة أضرب أحدها الاستبضاع وهو أن يكون الرجل يبعث بجاريته الى الرجل وسيله
وتقدمه بأمر من يكون له من حرة أو أمة أن تبضع به سهاله فاذا حملت منه رجع هو الى وطئها حرصا
على نجابة الولد والثاني أن تكون المرأة لا زوج لها يغشاها الجماعة من الرجال من دون أو بعد
فاذا استمر بها حمل دعتهم وقالت لأحدهم هذا منك فيلزمه ذلك ويلحق به ولا يمكنه الامتناع منه
والثالث البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن فمن رأى تلك الراية علم انه موضع بغي فيكرر
عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى اذا استمر بها حملها قالت لبعضهم هو منك فيلحق به والرابع
النكاح الصحيح فأبطل الاسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة وأثبت النكاح فلعل ما قال عتبة بن أبي
وقاص ان ولد زمعة مني [illegible] أراد استلحاقه من أحد تلك الانواع الثلاثة التي أبطلها الاسلام فلما
أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه ولم يتم له نسب من اقرارها لم يلحق به وأما من استلحق ولدا فلا
يخلو أن لا يكون يعرف له ملك أمه ولا نكاحها أو تقدم له ذلك فيها فان لم يعرف له ملك أمه ولا نكاح
ولا ملك [illegible] فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يلحق ذلك فيما لم يتبين كذبه وان لم يكن له
نسب معروف وبه قال مالك وقال ابن القاسم أيضا لا يلحق به حتى يتقدم له ملك أمه أو نكاح أو ملك
يجوز أن يكون منه ولا يمنعه من ذلك نسب معروف وبه قال سحنون [illegible] الاول أن
الانساب موضوعة على الاستلحاق وأكثر الانساب [illegible] بالوطء أو [illegible] والدة فان لم يكن
[illegible]
[illegible] أو نكاح فاذا لم [illegible] يثبت بدعوى المدعي [illegible]
لو ثبت بمجرد الدعاوى لكثر تعرض الدعاوى في ذلك وفسدت الانساب (مسئلة) وأما ان
ملك أمهم [illegible] ذلك فان ادعاهم مع بقائهم في ملكه فلا خلاف في الحاقهم به [illegible] وفي كتاب
ابن المواز عن ابن القاسم [illegible] أمه لها ولد [illegible] فانه يلحق الولد به [illegible] يكون
الامة [illegible] أم ولد ووجه ذلك ان [illegible] النسب موجود مع [illegible]
[illegible] ولم [illegible] من الاستلحاق لان الالحاق [illegible] النسب [illegible]
فوجب أن يثبت به النسب [illegible] كالاقرار بالوطء وبالولادة [illegible] (مسئلة) وأما
ان كان [illegible] وهو [illegible] فقد اختلف في ذلك قول مالك روى عنه
أشهب [illegible] وابن عبد الحكم وروى عنه
أشهب [illegible]
[illegible] القول [illegible]
[illegible] الولد [illegible]
[illegible] لان استلحاق الولد [illegible]

ر معه فقال أخي وابن وليدة
أبي ولد على فراشه
الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال سعد
يا رسول الله ابن أخي
قد كان عهد الي فيه وقال
عبد بن زمعة أخي وابن
وليدة أبي ولد على فراشه
فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم هو لك يا عبد بن
زمعة ثم قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الولد
للفراش وللعاهر الحجر
ثم قال لسودة بنت زمعة
احتجبي منه لما رأى من
شبهه بعتبة بن أبي وقاص
قالت فما رآها حتى لقي الله

لما يحصل عليه الناس من نفي ما شك فيه من النسب فكيف بما يتيقن انتفاؤه والله أعلم وأحكم
(مسئلة) فإن كان مليا وقد باعها ثم ادعاه فإنهما يردان إليه إلا أن يتهم فيها بصبابة إليها فتسترق في
الولد ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصبابة بها قال أصبغ لا يتهم في شيء منه سواء باعها بالولد أو
ولدت عند المبتاع بالولد لمثله وجه قول ابن القاسم أن كل ما يتهم فيه يرده فمنع من ذلك وصحح
استلحاقه للولد لأنه معترف بحق النسب مع تعريه من التهمة ووجه قول أصبغ أنه إذا صح استلحاقه
الولد لنسب ملك المعنى يتضمن ذلك كون الأم أم ولد له ولا يتهم مع الغنى لأنه يرد عوضها ولو [illegible]
في هذا رد الأكثر من الثمن أو القيمة يوم الاستلحاق لما بعد والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا ما لم
يعتقهما المبتاع فإن أعتقهما ثم استلحق الولد البائع فقد قال ابن القاسم لا يصدق البائع [illegible] ثم
رجع فقال يقبل قوله في الولد وحده ويثبت نسبه وجه القول الأول أن الولاء [illegible]
بالاستلحاق كما لا يرد [illegible] ووجه القول الثاني أن النسب أقوى من الولاء لأن الولاء [illegible]
[illegible] فالنسب [illegible] الولاء [illegible]
الأول أولى (مسئلة) فإذا قلنا لا يقبل قوله في الأم فإن [illegible] المبتاع [illegible] على
البائع ووجه ذلك أنه معترف [illegible] ولا [illegible] الولاء لا يجوز
ذلك فيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء [illegible] (مسئلة) [illegible]
[illegible]

(فصل) [illegible]

[illegible]

لا يعمل شهادته وحده ولا يرث معه في حظه وإنما هو مسئلة الورثة ولو شهد ابن أنه كان أقر بولد من امرأة
حرة ورث معه في حظه خاصة ما لم يكن سفيها مولى عليه قال عيسى وقاله ابن القاسم ومعنى ذلك أنه
أقر بحمل جاريته فالولد عبد لجميع الورثة فلا يرث شيئا من حظه ولا حظ غيره وإذا أقر أنه من حرة فهو
حر فلذلك كان له حق في حظه وعبد بن زمعة انفرد بميراث أبيه لأنهما كانا كافرين وسودة أخته
مسلمة فلم ترثه ولم يذكر في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم ورثه وإنما أضافه إلى عبد إذ قد أقر بأنه
أخوه وهو المنفرد بميراث أبيه فلا يحصل له نسبه ولا يثبت بذلك نسبه لأن النسب إنما يلحق الأب فلا
يلزمه ذلك بقول عبد إلا على وجه الشهادة عليه فيلزمه ذلك إذا كملت الشهادة والله أعلم وظاهر قوله
هو لك يا عبد بن زمعة أنه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية فأنت أعلم بقولك في ذلك مما يحصل
وذلك لو أقر رجل بشيء في يده لصح أن يقال له إنه لك بمعنى إنه قد كان لك ثم قد أقررت به لغيرك
فأنت وذاك وقال الطحاوي معنى قوله هو لك أنه بيدك لا أنك تملكه ولكن تمنع منه سواك وقال
الطبري هو لك عبد وهذا أيضا غير صحيح إن كان يريد به بعد الإقرار وإن كان أراد به قبل الإقرار
فهو على ما قدمناه وقال الشافعي معناه هو لك أخ وإنه صلى الله عليه وسلم حكم به لزمعة وسيأتي ذكره
بعد إن شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الجد فهل يصح استلحاقه في كتاب ابن سحنون عن مالك
لا يجوز ذلك إلا من الأب قال سحنون وما علمت بين الناس في ذلك اختلافا وقال أشهب يستلحق
الأب والجد ووجه قول مالك وابن القاسم ما احتج به سحنون لأن كل ما لا يصح استلحاقه في حياة الأب لا يصح
استلحاقه بعد موته كالأخ ووجه قول أشهب أن النسب يلحق به فجاز استلحاقه له كالأب فالجد
مختلف في استلحاقه والأب متفق على صحة استلحاقه وسائر الأقارب متفق على إبطال استلحاقهم فلا
يستلحق عم ولا ابن عم ولا أحد من القرابة غير من ذكرنا قاله مالك وابن القاسم وجماعة العلماء
(مسئلة) فإذا ثبت أنه لا يستلحق إلا الأب فإن أقر بأخ أو أخت أو ابن عم أو مولاه فإنه
يشاركه في ميراث من يدلون به [illegible]
[illegible]
[illegible]
الأحرار بسبب إلا أن يكون المقر له [illegible]
[illegible]
[illegible] قول مالك [illegible]
[illegible]
لا [illegible] كاملة وإن [illegible] وأحكم [illegible]
[illegible]
[illegible] وإن لم يكن [illegible]
[illegible]

[illegible] الا اعتقادهم ان أصل الصدقة لا تتم الا بالحوز [illegible] ان
يوصي بجميع ماله لمن أحب فلذلك جوزوا الاقرار بما لم يكونوا من القرابة وأصحابنا لا يجيزون وصيته
فيما زاد على الثلث وانما يجيزون له الثلث فقط وهذا الذي قاله ابن سحنون صحيح لان الاقرار بالوارث ليس
طريقه طريق الوصية وانما طريقه طريق الاقرار بالوارث وليس طريقه المال على وجه ما فيصح
اقراره بجميع ماله ما لم يكن يمنع من ذلك الوجه مانع وهو أقوى منه كما لو أقر رجل في مرضه بدين
يستغرق جميع ماله ثم يموت فان ذلك يستحق جميع ماله بثبوت ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع
ماله لأحد جميع ماله و بطل اقراره لمن أقر له في مرضه ومما يدل على أن هذا ليس طريقه طريق
الوصية أنه لا اختلاف بين أصحابنا انه لا يجوز بالوصية بأكثر من الثلث وهم كلهم غير ابن سحنون
وأشهب يجعلون المال للمقر له بالنسب ومما يبين ذلك أيضا ان سحنون وسائر أصحابنا يقولون من أقر
بعد موت أبيه بأخ فانه يقاسمه مال أبيه ولا يثبت له بذلك نسب ولو كان هذا على وجه الوصية لما أخذ شيئا [illegible]
الا بعد موت المقر على وجه الوصية والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر الفراش [illegible] الامة لا انها
تصير فراشا باقرار السيد بالوطء ومعنى ذلك ان الولد لصاحب الفراش [illegible] القاضي أبو الوليد
ويحتمل عندي أن يكون المراد بالفراش [illegible] وذلك ان الوطء [illegible] يكون [illegible]
فيكون معناه والله أعلم ان السيد اذا وطئ أمته [illegible] الولد منسوب الى صاحب
الفراش وهو سيد الأمة التي جعل [illegible] وهو أحسن [illegible] وقال [illegible]
الفراش الزوج وما قالوه [illegible] معروف في اللغة وقد [illegible] في كتاب [illegible] ذلك ان
السيد اذا أقر بوطء أمه فأتت بولد لستة أشهر [illegible] الاقرار [illegible] الولد [illegible]
ومنع من ذلك أبو حنيفة وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش [illegible]
عمومه الا ما خصه الدليل [illegible]
في ملك اليمين أصل ذلك حرمة المصاهرة

(فصل) وأما قوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر [illegible] أمه
أو حرة وأما ان لم [illegible] محمد بن [illegible]
الى دار الاسلام [illegible]
[illegible] الحجر [illegible] صلى الله [illegible]
الحجر وقاله ابن القاسم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر [illegible]
[illegible] عن ذلك فقال كان العهر في [illegible]
ما ظهر منه [illegible] وما كان [illegible]
[illegible] ما ظهر منها وما بطن [illegible] الاسلام [illegible]
[illegible]
[illegible] حتى يجعل [illegible] الولد [illegible]
[illegible]
[illegible]

ما تتنوع اليه الأحكام في ذلك ويحتمل أن يريد بقوله والعاهر الحجر أنه لا شيء له من الولد ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة .

(فصل) وقوله ثم قال لسودة احتجبي منه معنى ذلك والله أعلم انه لم يثبت نسبه وإنما أقر له عبد بالاخوة ولم يكن بذلك أخا لسودة ولا يثبت بذلك نسب ولا توارث ولا حكم من أحكام الاخوة فيكون بذلك من ذوي محارمها ولذلك لو توفي رجل وترك ابنا وبنتا فأقر الابن بأخ من أبيه لأخذ من تركة الأب ما ينقصه من حصة الابن المقر ولم يأخذ مما بيد الأخت شيئا ولا كان لها بذلك أخا ولا ذا محرم فلا يحل له أن يدخل عليها لانه أجنبي منها حين لم يثبت نسبه من أبيها فعلى هذا استوى حكم سودة مع الذي ادعاه أخوها والله أعلم وقال الكوفيون في قول النبي صلى الله عليه وسلم احتجبي منه يا سودة دليل على أنه جعل للزنا حكما يحرم به كما يحرم بالمسلمين لأخيه سودة فقال لها احتجبي منه يا سودة لما رأى من شبهه بعتبة فمنعها من أخيها في الحكم لانه ليس بأخيها في غير الحكم لانه من الزنا في الباطن اذ كان شبهه بعتبة فجعله كالاجنبي لا يراها بحكم الزنى وجعله أخاها بحكم الفراش قالوا وما حرمه الحلال فالزنى أشد تحريما له وقد اعترض عليهم بما ذكرناه وحوما نتعلق به لان الحلال ثبت به التحريم في الأخوة فكان يجب أن يثبت بالزنا أكبر ويحرم النكاح وما الاختلاف في ابطاله وقال الشافعي رؤيته ابن زمعة لسودة مباح في الحكم ولكنه كرهه وأمرها بالستر منه احتيارا قال أصحابنا لما كان للزوج منع زوجته من رؤية أخيها وهذا أصل الناس يصح لانه لو كان ماحكاه عنه أمرها بقطع رحمه وإنما أمر صلى الله عليه وسلم عائشة أن يدخل عليها عمها من الرضاعة وقال لها هو عمك فليلج عليك مع ما علم من بعده صلى الله عليه وسلم وقال أبو محمد من غيره بعد لا يأمره والله أعلم ما ودخل على عائشة رجل فسأل من هذا فقالت أخي من الرضاعة فقال انظرن من اخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة وفي ذلك فقد أمرها أن لا تأذن عليها عمها من الرضاعة والسنة لا نظر له في الانساب وقال أبو الحسن المرني فيحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أجاب عن المسئلة فأعلمهم بالحكم انه كذلك يكون إذا ادعى صاحب الفراش الولد وصاحب الزنى لا على انه ألزم نسبه دعوى أخيه عبد ولا دعوى عاد ... بذلك ... لسودة ... أصح ... الاقرار ... ماد ... والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عائشة لما رأى من شبهه بعتبة أول مراد ... يتعلق بها أسعد وقال ابن أخي عتبة فنظر الناس ... بحكم له بذلك ولا رآه ... الناس ولا ... بذلك أدعاهم ... لا ينسب ... أو ... السنة والعلم لم ... وقد قال ... أبو ... واجب ولم ... موضع الحكم بذلك ... قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي دليل على ... صلى الله عليه وسلم ... ابن حاجب به على ... على النعت ... فقال صلى الله عليه وسلم لولا ما ... كتاب الله ... ولو ... والله أعلم ولذلك ...

[illegible] الأسباب التي يثبت النسب على وجه مخصوص من منع تختص به القافة ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك القافة ولوجب أن يستدل به على اثبات الانساب ولا يقتصر على الترجيح دون الاستدلال وقد قال بعض أصحابنا ان هذا من الحكم بالذرائع لما تأول في ذلك من انه حكم بالنسب لسودة ابنة زمعة ثم في حجبه سودة منعه الدخول عليها وهذا بعيد لان هذا أولى ليس من معنى الذرائع وقد فسر بمعنى الذرائع في السوع وانما كان يكون لو صح ما تأوله من باب تغليب الحظر على الاباحة وهو وجه قد قال به كثير من العلماء وقالوا ان ذلك كالأمة تكون بين الشريكين فانه يحرم على كل منهما وطؤها تغليبا للحظر على الاباحة وما قلناه أولا أبين ولو حكم بثبوت نسبه من زمعة لحكم باباحة دخوله على سودة ألا ترى ان الرجل ينفي ولده بلعان فينتفي عنه ويحرم بذلك دخوله على ابنته ثم يستلحقه فيلحق به ويباح بذلك الدخول على ابنته

(فصل) وقوله فما رآها حتى لقي الله امتثالا لأمر النبي صلى الله عليه وسلم وانتهاء الى حده وامتناعا مما منع منه لانه لم يثبت نسبه بالاخوة ولو مات سودة لم يرثها لما حكم به في أمرهما الا أن يثبت نسبه

ص ﴿ مالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادي عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولدا تاما فجاء زوجها الى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء فسألهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت فاهريقت عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أما انه لم يبلغني عنكما الا خير وألحق الولد بالأول ﴾

[illegible]

عن عبد الله بن يزيد بن الهادي عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي عن سليمان ابن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت حين حلت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولدا تاما فجاء زوجها الى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء فسألهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت فاهريقت عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أما انه لم يبلغني عنكما الا خير وألحق الولد بالأول

يعتبر آخرها بالسقط والولادة وأما أولها فوقت دخول الزوج الثاني أو السيد الثاني بها

(فصل) وقوله فأتى زوجها إلى عمر بن الخطاب وذلك يقتضي أنه أنكر الحمل في مثل هذه المدة فذكر له ما أنكر من ذلك ولم يعهده فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء لما اعتقد من معرفتهن بمثل هذا لما قد عهدن من الولادات وتكرر عليهن من ذلك في طول العمر من المعتاد وغيره وهذا يقتضي أنه لم يستنبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين ولذلك احتاج إلى سؤال النساء ويحتمل أنه علم هذا الحكم من الآيتين أو غيرهما ولكنه سأل النساء ليعلم هل يصح خفاء الحمل على المرأة مع استيفائها انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشر مع صدقها فيما ادعته من الحيض فقالت له منهن من ادعت العلم أنا أخبرك عن هذه المرأة أن زوجها هلك عنها حين حملت يريد أول الحمل وقبل أن يقوى فأهريقت عليه الدماء يريد أنها حاضت الحيضة التي كملت بها عدتها مع الأربعة الأشهر والعشر فحش ولدها في بطنها قال عيسى معناه ضعف ورق قال ابن كنانة من رواية محمد بن عيسى الأعشى قال وذلك مثل النعجة تلقى على الجزرة فتنقبض وذلك الانقباض هو الانحشاش وقال صاحب العين حش الولد في البطن إذا يبس والمرأة محش

(فصل) وقولها فلما أصابها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك في بطنها فكبر يريد أن الولد ضعف لعدم الماء ويكبر ويقوى إذا أصابه ماء الرجل وإن ولد تلك المرأة إنما كان ضعف عن الحركة وصغر لعدم الماء فلما أصابه ماء الرجل الذي تزوج أمه قوي على الحركة وكبر فصدقها عمر بذلك لما تبين له من قولها واعتقد أنه لا يكون ولد لأقل من ستة أشهر وأنه قد ظهر من انقضاء العدة وما ظهر بعد ذلك وكمل من الولادة ما قالته المرأة

(فصل) وقوله وفرق بينهما وقال إنه لم يبلغني عنكما إلا خير يريد فرق بينهما لأنه تزوج في عدة ولا يصح عقد في عدة ويفسخ على كل حال وقوله لم يبلغني عنكما إلا خير إظهار له ولعذرهما وأنه لا يظن بهما الإثم الذي يلحقه بهما وإنما الوطء منهما بعد ذلك بمعنى جهل أو لم [illegible] من العقوبة

(فصل) وقوله وألحق الولد بالأول يريد ألحق نسبه به لما لم يصح أن يكون من الثاني وصح أن يكون للأول لأنه لم ينقص من المدة مدة أقل الحمل ص (مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر إليهما فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبريني خبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتيني وهي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعني الآخر فلا أدري من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت) ش قوله إن عمر كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام يريد أنه كان يلحقهم بهم وينسبهم إليهم وإن كانوا من زنى [illegible] أولاد زنى فإن كانوا أحرارا ولم يدعهم أحد [illegible] وإلاطة عمر من ولد في الجاهلية من ادعاهم في الإسلام [illegible] أو زوج [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر [illegible] والإلاطة [illegible] النصارى إن أسلموا أولاد من الزنا [illegible] في الزنا [illegible] استحلالهم الزنا وروى ابن حبيب عن مالك من أسلم [illegible] إلاطة ولد الزنا في شركه فهو مثل حكم من أسلم في الجاهلية وقال ابن الماجشون

* وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان ابن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادّعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر إليهما فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر ابن الخطاب بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني خبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتيني وهي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعني الآخر فلا أدري من أيهما هو قال فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت

لا يورث بقولهم لمن كان من ولادة الجاهلية والنصرانية ورواه أشهب عن مالك أنه لا يورث بقول القافة فيما يلحق من الولد وأما في سبايا أهل الجاهلية فلا (مسئلة) فمن استلحق منهم ولد أمة مسلم أو نصراني لحق به فإن عتق وما كان ولده ورثه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال الا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة فيكون أحق به ومعنى ذلك انهم اذا استحلوا الزنا وأثبتوا به الأنساب لم يبطل تلك الأنساب الاسلام كالنكاح الفاسد فاذا ادعى ذلك بعد الاسلام حكم له بما تقدم له في الجاهلية وانما يلحق به ان لم يكن مدع ثم أحق به (مسئله) ولا يصلوا يكون المدعى للولد من قوم يقوا في بلادهم اما أن أسلموا فصاروا في بلادهم أو أقروا بها بصلح صالحوا عليه ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة فأقروا بها ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو يكونوا [illegible] من واطئهم الى بلاد المسلمين فان كانوا أقروا في بلادهم ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك كل قرية افتتحت عنوة فسكنها المسلمون فليتوارثوا [illegible] بالنسب وروى [illegible] عن ابن القاسم أن أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح وقاله أشهب قال [illegible] ذلك [illegible] أهل [illegible] أيام عمر فإنهم توارثوا الى اليوم (مسئله) وان كانوا [illegible] يكونوا عددا كثيرا أو يسيرا فان كانوا كثيرا [illegible] المواطئ في [illegible] أو جاءهم [illegible] السبا ففي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم [illegible] بأنسابهم قال ابن القاسم وان كانوا عشرين وأما [illegible] لا أرى العشرين [illegible] وارثون [illegible] أن العدد [illegible] السير واختلاف [illegible] العشرين [illegible]

(فصل) وقوله في رجلين كلاهما يدعي ولد امرأة [illegible] يدعي ولد امرأة [illegible] وحده ادعاء كل واحد [illegible] وطء [illegible] الآخر [illegible] النكاح والثاني أن يكون كل واحد [illegible]

[illegible] طلاق أو [illegible] (مسئلة) وأما [illegible] الثاني بعد [illegible] أقل من ستة أشهر [illegible] أشهر [illegible] (مسئلة) [illegible] وطء الثاني بعد [illegible] ستة أشهر [illegible] في الواحد [illegible] مالك [illegible] [illegible] أقل من ستة أشهر أو بعدها [illegible]

الأشهر فكلما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده ما لم يخص فهي من
البائع لأن الاستبراء لم يتم والمدة محتملة للحمل فكل سقط أو ولد يكون فيه فهو له فإن أكملت الستة
الأشهر فصابها من المبتاع وكذلك إذا ولدته ميتا كانت به أم ولد لأنه قد تعذر النظر إليه لأن الذي يولد
ميتا لا نعلم أنه لعله قد كان تماما ولد قبل ستة أشهر لكنه بقي ميتا فلما لم نعلم أن ذلك وقت ولادته لم ندع له
القافة لأنه إنما ندعي القافة للولد الولادة المعتادة التي يعتبر بها في إثبات النسب فأما الولادة التي لا يعتبر
بها في ذلك فلا مدخل للقافة فيه وإنما يعتبر بالوقت خاصة فما كان قبل الستة الأشهر فهو للأول وما كان
بعدها فهو للثاني ووجه ما قاله سحنون أن السقط لا يختص بوقت لأنه قد يصح أن يكون من شهر
وأقل وأكثر فلما استبهم كاملة وتعذر تمييزه وإلحاقه بأحدهما من جهة الوقت أو القافة وجب أن يكون
الأمر مبهما فيهما لأن الأم إذ ليس إلزام ذلك أحدهما أولى من الآخر ولما كان السقط بعد ستة أشهر
يمكن أن يكون من كل واحد منهما ولا يختص بأحدهما ولا يتميز أمره بالنظر إليه حمل على أنه منهما
وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر والله أعلم (مسئلة) وإن أتت
به لأكثر من ستة أشهر فقد قال ابن القاسم في العتبية تقارب الوطئان أو تباعدا والولد حي فهو الذي
يدعى له القافة وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة وبه قال مالك والشافعي وروي عن عمر
وابن عباس وأنس وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق وروي
عن عمر وعلي بن أبي طالب وقالوا إذا ادعى رجلان ولدا فهو لهما وكانت أمه أم ولد لهما فإن ادعاه ثلاثة
لم يكن ولدا لهم عند أكثرهم والدليل على ما نقوله ما روي عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
دخل عليها مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال ألم تري أن مجززا المدلجي قال في أقدام زيد وأسامة إن بعض هذه
الأقدام لمن بعض ولولا أن قولهم ذلك صادر عن علم لزم التعلق به لما سر به والله أعلم وأحكم
(مسئلة) وإن وضعته ميتا فإن ابن القاسم في العتبية سقطا أو تاما فإن كان بعد ستة أشهر فهو من المبتاع
والولد له وهي أم ولده ولا تعتبر القافة في الأموات وقال سحنون في السقط التام [illegible] ما تقدم وقول ابن
القاسم لأنه لا مدخل للقافة في الأموات [illegible]
الشبه ولا يعتبر بالموت [illegible] الذي يولد [illegible] (فرع) وإن مات أحد
الأبوين فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وروى ابن سحنون عن أبيه تنظر القافة إلى الولد
والباقي من الأبوين فإن ألحقوه به لحق وإن لم يلحقوه به فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه
لا يلحق به ولا بالميت قال ابن حبيب عن أصبغ يلحق بالميت لأن الميت أقر بالوطء فلولا وطء الآخر
للحق به من غير قافة فإذا بطل أن يكون من وطء الثاني وجب أن يكون للميت [illegible] على أن
القافة لا تنظر إلى الميت وقد ذكر في كتاب ابن سحنون أن القافة لا تلحق بالميت [illegible] يقول
سحنون إنه ينظر إلى الابن بعد أن يموت إذا ولد حيا وقال إن الموت لا يغير شبهه ووجه ذلك عندي أن
الأب من شرط إلحاق الابن به أن يدعيه فيجب أن يكون حين الإلحاق به مدعيا له فإذا مات فقد عدم
ذلك فلم يصح الإلحاق به والابن ليس من جهته إقرار ولا إنكار فجاز أن يكون حين الإلحاق به حال موته
ورأيت لبعض [illegible] قول ابن الماجشون [illegible] الأبوين لو كان حيا جاز أن [illegible] القافة فيه
إنه يريد [illegible] لأن [illegible] الإلحاق [illegible] ابن الماجشون [illegible] وإن لم يصح أن [illegible] القافة [illegible] ذلك
[illegible] إن ادعاه الأب الابن على [illegible] ابن الماجشون يجب أن يكون [illegible] الإلحاق القافة
الابن [illegible] وعلى قول أصبغ يجوز أن يلحقه القافة بدعوى متقدمة ويصح أن [illegible] ابن الماجشون

بذلك أن الميت لا ينظر إليه لأن [illegible] فعلى هذا لا يجوز أن ينظر إلى الابن إذا مات وإن كان قد ولد حيا

(فصل) وقوله فدعا عمر قائفا فنظر إليهما يريد أنه نظر إليهما وإلى الولد ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لما لم يجد غيره ويحتمل أنه اقتصر عليه لتحقق جواز الحكم وقد روى ابن حبيب عن مالك أنه يجزئ القائف الواحد إن كان عدلا ولم يوجد غيره وهو قول الشافعي وعليه جماعة أصحابنا الآن وروى أشهب عن مالك أنه لا يجزئ إلا قائفان وبه قال عيسى بن دينار ووجه القول الأول أن هذا طريقه الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتي ووجه القول الثاني أنه يختص بما يتعلق به الحكم فلم يجز في ذلك أقل من اثنين كالشهادات ولا يجزئ في ذلك إلا أهل العدل لما كان طريقه طريق الشهادة (مسئلة) ولم يختلف قول مالك وأصحابه في القول بالقافة في أولاد الإماء وأما أولاد الحرائر فالمشهور [illegible] لا [illegible] القافة وجه القول الأول أن [illegible] في [illegible] أن [illegible] أولاد [illegible] الأول وذلك [illegible] في الحرة [illegible] الأمة [illegible] أولاد من [illegible] وجه القول الثاني [illegible] المرأة [illegible] ولد [illegible]

(فصل) وقوله [illegible] كل واحد [illegible]

[illegible]

(فصل) [illegible]

يجز أن يتزوج رجلان امرأة لما كان في ذلك من الشرك في النسب ويصح أن يتزوج ابن رجل المرأتين لما لم يؤد إلى ذلك فإذا لم يوجد وجه يختص به أحدهما رد ذلك إلى اختيار الولد فوالى أحدهما وكان انتسابه دون الآخر وإنما يكون ذلك إذا لم يمكن إلحاقه بأحدهما ووجه قول مطرف انه قد اشترك فيه الرجلان ولكن بأمر استويا فيه وأخذ شبهه في المعاني التي توجب الإلحاق فعلى ذلك وأما الصغير فإن الانساب لا تثبت به ولا تأثير له فيها ووجه القول الثالث أن النسب أصله وجمعه يكون مخاوفا سببه على الوجه الذي يتحقق به فلما ظهر التساوي فيه مخاوف من ماثبته أوجب أن يكون انتسابه قال وسمعت مالكا يقول فإذا بلغ انه يوالي من شاء فتى يكون له ذلك روى ابن حبيب عن ابن القاسم عن مالك أن ذلك إذا بلغ وقال أصبغ وروى ابن زيد عن أصبغ أن ذلك له إذا عقل وإن لم يبلغ الحلم وجه القول الأول أن ذلك وقت ترتب فيه الأحكام ويحكم عليه بإقراره ووجه القول الثاني أن [illegible] الاختيار فإذا عقل صح اختياره فكان له أن يوالي من شاء (فرع) ومن الذي [illegible] إلى وقت الاختيار روى عيسى عن ابن القاسم نفقته عليهما جميعا وقال أصبغ [illegible] على [illegible] حتى يبلغ حد الموالاة وجه القول الأول انه لما كان وقوفهما لم يكن أحدهما أحق بالإنفاق عليه دون الآخر ولزمهما الإنفاق عليه ووجه القول الثاني أن [illegible] (فرع) فإذا [illegible] فوالى أحدهما قال عيسى لا يرجع عليه الآخر بما أنفق وقال أصبغ [illegible] الذي لم يواله يرجع به على الذي والاه وجه القول الأول [illegible] ووجه القول الثاني [illegible] عليه لم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والد ولا [illegible] ووجه القول الثاني أنه [illegible] مستحق ولا به كالعبد يدفع [illegible] المتداعيان ثم [illegible] أحدهما (مسئلة) وإن بلغ وقال لا أوالي واحدا منهما فقد [illegible] وكون [illegible] له [illegible] لم يختص ولا [illegible] أصل ذلك حال الصغر وهما أحق بولائه [illegible] كما لو [illegible] ص * مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في امرأة غرت رجلا [illegible] وذكرت أنها حرة فتزوجها فولدت له أولادا [illegible]

[illegible]

[illegible] رجلا [illegible] وذكرت أنها حرة [illegible]

[illegible] أنها أمة [illegible] بأنها حرة [illegible]

[illegible]

[illegible] (مسئلة) [illegible] الإمام [illegible]

[illegible]

[illegible] الحكم [illegible] الأصل واحتج [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

* وحدثني مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في امرأة غرت رجلا بنفسها وذكرت انها حرة فتزوجها فولدت له أولادا فقضى أن يفدي ولده بمثلهم * قال يحيى وسمعت مالكا يقول والقيمة أعدل في هذا إن شاء الله

يوم الحكم وبه قال أبو حنيفة والشافعي قيمتهم يوم ولدوا وقاله المغيرة والدليل على ما ذهب إليه مالك
أنه إنما اعتبر في قيمتهم صفتهم يوم الحكم لأنهم لم يكونوا في ضمان الأب ولم يكن هذا الحكم مستغنيا عن
حاكم فلما احتاج إلى حاكم اعتبرت صفة المحكوم فيه يوم الحكم لأن ذلك من تمام الاستحقاق وقال
ابن المواز هذا خطأ من قال القيمة يوم الولادة ولو كان ذلك لكان عليه ذلك وإن مات الولد (فرع)
وإن كان للولد مال حين القيمة قوم في المدونة يقوم بغير ماله وبه أخذ [illegible] (مسئلة) وهذا إذا كان
الأولاد أحياء فإن كانوا قد ماتوا أو قتلوا فليس للمستحق من قيمتهم إلا أن يكونوا قتلوا فأخذ الأب الدية [illegible]
ابن القاسم للمستحق الأقل من قيمتهم أو ما أخذه [illegible] ولو ضرب بطن الأم فألقت
جنينا فأخذ الأب فيه غرة وقال أشهب لا شيء على الأب في شيء من ذلك كله [illegible]
هذا العوض إنما أخذه الأب بدلا من [illegible] وإذا جاز به الذي استحق [illegible]
من الأب [illegible] إلا أن يأخذ أكثر [illegible] لأن المستحق [illegible]
وقال أشهب إن [illegible] الولد [illegible]
[illegible]
[illegible] كان يحكم في الولد [illegible] والله أعلم

(مسئلة) [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
ولما كان [illegible] الولد من الحيوان [illegible]
[illegible] على الغار [illegible] الولد [illegible] المهر [illegible]
[illegible] الغار [illegible] الولد ولا يرجع [illegible] المهر [illegible]
[illegible] عوض المهر (فرع) [illegible]
[illegible]
[illegible]

﴿ القضاء في ميراث الولد المستلحق ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أقر أبي أن فلانا ابنه إن ذلك النسب لا يثبت بشهادة إنسان واحد ولا يجوز إقرار الذي أقر إلا على نفسه في حصته من مال أبيه يعطى الذي شهد له قدر ما [illegible] من المال الذي بيده [illegible] وتفسير ذلك أن يهلك الرجل [illegible] له [illegible] كل واحد منهما [illegible] دينار ثم [illegible] أحدهما [illegible] الهالك أقر [illegible] ابنه [illegible] المستلحق [illegible] الأخرى فاستكمل [illegible]

وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ما كتبنا السلام في الذي يموت ويترك ولدين ويترك ستمائة دينار ان لكل واحد منهما ثلاثمائة دينار فان قال أحدهما ان أبانا أقر لرجل بمائة فقيل له قد أقررت له فقال فسطر الى ما في يديك مما كان يصير له لو ثبتت نسبه فيدفعه اليه لانك مقر له به ولو ثبت نسبه لكان لكل واحد منهم مائة دينار وبيد أحدهما ثلاثمائة دينار فالمائة الزائدة قد أقر بها للمقر به وهذا قال مالك وقال الشافعي لا يلزمه أن يعطيه شيئا لانه أقر له بشيء لا يستحقه الا من جهة النسب ولا يثبت نسبه باقراره وحده واذا كان ثم من الورثة من يرفع نسبه والدليل على ما نقوله ان اقراره يتضمن [illegible] أحدهما النسب وهذا اقرار على غيره فلا يقبل [illegible] والثاني اقرار بمال في يده فلزمه [illegible] رجل وترك ولدا واحدا فأقر بأخ ثبت نسبه [illegible] والمال بينهما (مسئلة)

وقال أبو حنيفة يلزم المقر أن يدفع اليه نصف ما بيده [illegible] المنكر والدليل على ما نقوله انا اذا قدرنا [illegible] على أحد فان المنكر يستحق مثل حق كل واحد [illegible] فيهما والذي كان يحصل بيد كل [illegible] من السهام مائتان فقد أقر له بما بيده بمائة وشهد له على أخيه بمائة أخرى بما بيده فان كان من أهل العدالة وشهد له شاهد آخر على ذلك لم يستحق من يد المقر له بمائتين ومن يد المنكر مائة أخرى والله أعلم [illegible] الاخوان لأحدهما [illegible] كل واحد منهما (مسئلة) ولا [illegible]

[illegible] أو [illegible] على ما [illegible] أن يترك الموت [illegible] أحد المقر له [illegible] أحد الاخوين بأخ فقال ان [illegible] فان [illegible] العدة [illegible] على الاقرار [illegible] كل واحد من [illegible] الانكار أو في كل [illegible] وهو سدس العبد [illegible] في الا [illegible] أخيه في العبد [illegible] وأما [illegible] العبد فواحد [illegible] كان [illegible] آخر [illegible] أراد لآخر [illegible] بكل حال وهو [illegible] أو أحدهما [illegible] نصف العبد والمقر [illegible]

[illegible]

[illegible] الذي آمر له من العبد [illegible] الذي [illegible] أحدهما العبد الذي كان بيده (مسئلة) فان مات المقر [illegible]

[illegible]

[illegible] المال وقضي على هذا إذا كان أحدهما شاهدا أنه أن لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه لأن
النسب لا يثبت بشاهد ويمين ولا يستحق بذلك المال لأنه إنما استحقه بثبات النسب ولم يكن هنالك وارث
معروف فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم أنه يقضى له بالمال لوجوب الميراث ثم لا يثبت له بذلك
نسب وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب أنه لا يستحق المال حتى يثبت له النسب بما يثبت به الأنساب
وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا ويأتي من يدعي أنه ابنه فيقيم شاهدا واحدا فعلى قول ابن
القاسم يحلف ويستحق المال دون النسب وعلى قول أشهب لا يستحق شيئا ووجه قول ابن القاسم أنه قد
يتصل المال من النسب وكذلك إن أقر أحد الورثة بولد واستحق ما يستحقه أقرباء يعاقب بيده من المال
ولا يثبت بذلك نسبه ووجه قول أشهب أن هذا المال إنما [illegible] من جهة [illegible] [illegible] النسب
لم يستحق شيء من جهته كسائر أسباب الاستحقاق وليس فيها من [illegible] [illegible]
يدعي حيانا ما [illegible] [illegible] الا [illegible] النسب الذي [illegible] وإن [illegible] أحكم
[illegible] ﴿قال مالك وهو أيضا عن له المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينكر [illegible]
أن تدفع الى الذي أقرت له بالدين قدر الذي يصيبها من [illegible]
امرأة ورثت الثمن دفعت الى الغريم ثمن دينه وإن كانت [illegible]
دينه على حساب هذا يدفع اليه من أقر له من النساء [illegible]
[illegible]

قال مالك وهو أيضا عن له المرأة تقر بالدين على أبيها أو على زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها أن تدفع الى الذي أقرت له بالدين قدر الذي يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم إن كانت امرأة ورثت الثمن دفعت الى الغريم ثمن دينه وإن كانت ابنة ورثت النصف دفعت الى الغريم نصف دينه على حساب هذا يدفع اليه من أقر له من النساء قال مالك وإن شهد رجل على مثل ما شهدت به المرأة أن لفلان على أبيه [illegible] أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده واحد [illegible] [illegible]

يحلف أحد من ميراث الذي أقرله بقدر ما نصيبه من ذلك الدين لأنه أمر يحققه وأنكر الورثة وجاز عليه اقراره ﴿ش﴾ وهذا كما قال انه ان شهد رجل من الورثة بمثل ما شهدت به المرأة ان لهذا الغريم على الميت دينا وكان الشاهد من أهل العدل فان الغريم يحلف مع شهادته ويستحق جميع الدين الذي يشهد به شاهده وان كان الشاهد انما أورد ذلك على سبيل الاقرار فانا لا نراه في الشهادات ويخالف ذلك المرأة فانه لا يحلف المدعي مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل فيحلف مع شهادتهما فان أبى الغريم أن يحلف استحق على المقرلة بقدر نصيبه بقدر حصته من الميراث ولم يحنث في استحقاق ذلك الى يمين وكذلك لو كان المقر [illegible] لا يستحق [illegible] بقدر حصته من الميراث ومن [illegible] العلم [illegible] الورثة وأنكر ذلك في حقه [illegible] أن يحلف مع [illegible] والله أعلم

﴿ القضاء في امهات الاولاد ﴾

ش ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ﴾ [illegible] قوله ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن على وجه الانكار لمن فعل ذلك وقوله يعزلونهن [illegible] أحدهما العزل [illegible] وهو وان كان غير محرم في الاماء فان [illegible] ويروي موسى بن معاوية [illegible] ويعزل فان الولد [illegible] ووجه ذلك انه لا [illegible] العزل [illegible] أول الماء أو [illegible] ولا يشعر [illegible] وقال موسى بن معاوية عن [illegible] أولا [illegible] الولد [illegible] ولا [illegible] واحد (مسئلة) ولو قال [illegible] [illegible] الولد في الا [illegible] ولا [illegible] [illegible] فان الماء [illegible] [illegible] الوالد [illegible] [illegible] ومع أن يكون الولد [illegible] وهذا [illegible] والمعنى الذي [illegible] ذكرنا الوهم والغلط ولا [illegible] الواطئ في بعض الاوقات

[illegible]) [illegible] يعزلونهن [illegible]

[illegible]

يحلف أحد من ميراث الذي أقرله بقدر ما نصيبه من ذلك الدين لأنه أمر يحققه وأنكر الورثة وجاز عليه اقراره

﴿ القضاء في أمهات الأولاد ﴾

حدثني يحيى قال مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا

لم يقترن به انتقال من الملك لضعف فلا يقع للمرأة منه الا بثلاث حيض وأما الحيضة الواحدة فانما تقع البراءة بها مع الانتقال الى ملك ولذلك تأثير ألا ترى أن الزوج اذا طلق امرأته فعتدت بثلاثة أقراء وتزوج بعده فتأتي بولد لستة أشهر من وقت نكاح الثاني فلا يلحق بالأول ولو لم ينتقل الى ملك زوج آخر وأتت بولد لتلك المدة وأنه يلحقها لحق بالأول (فرع) وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء يمين قال [illegible] والذي ثبت عند ابن مالك أن لا يمين عليه وروى [illegible] الملك عن مالك أنه يحلف مع ادعائه الاستبراء بثلاث حيض وقد أنكر [illegible] المواز ما [illegible] الملك عن [illegible] وقد روى ابن [illegible] عن عيسى عليه اليمين اذا ادعى الاستبراء وجه الرواية الأول أن الاستبراء [illegible] حكم الاستبراء من الولد فلم يلزم [illegible] اليمين [illegible] ولا [illegible] أو [illegible]

[illegible] الوطء [illegible] يلحق به الولد لم [illegible] الزوج [illegible] النكاح [illegible] الولد بالزوج [illegible] والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله لا أدري [illegible]

ولكن [illegible]

نافع عن صفية بنت أبي عبيد أنها أخبرته أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يدعونهن يخرجن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا قد ألحقت به ولدها فارسلوهن بعد أو أمسكوهن ﴾ ش قوله ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يدعونهن يخرجن يحتمل أن يريد به الخروج والتصرف في الحوائج التي لا تتصرف فيها السراري فيخاف عليهن فان من تسرى بأمة [illegible] وحجبها أو منعها من التصرف عند الخوف في المواضع التي لا يؤمن عليها [illegible] كما [illegible] التي [illegible] الى السوق في حوائجه لا بأس بذلك والمرأة [illegible] خروجها [illegible] خروج [illegible] والمواضع [illegible] [illegible] حملها [illegible] [illegible] والعقل أو سكون [illegible] في دار [illegible] [illegible] أو وطئها [illegible] المذكور لانها [illegible] وأمكن [illegible] [illegible] أن يسكن [illegible] ذلك [illegible] الدار التي [illegible] [illegible] قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر [illegible] ولدها وليس له أن [illegible] أم الولد اذا جنت [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

{ [illegible] }

[illegible]

نافع عن صفية بنت أبي عبيد أنها أخبرته أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يدعوهن يخرجن لا تأتيني وليدة تعترف سيدها أن قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فارسلوهن بعد أو أمسكوهن ﴾ قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في أم الولد اذا جنت جناية ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها وليس له أن يسلمها وليس عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها

[illegible] النطفة أو ذكر أم أنثى ما رءوها وما أحلها على هذا الخلقة من صفة النطفة فإن كان مما ترخيه الأرحام مما لم يخلق بعد وليس بولد فلا تكون به أم ولد ووجه قول أشهب أن الدماء قد ترخيها الأرحام ولا يكون ولدا كالحيض والاستحاضة فلا يكون شيء من ذلك ولدا وإنما يكون الولد المضغة لأنه لا يبلغ هذا الحد إلا بما يكون ولدا ووجه قول ابن القاسم أنه قد تعرفه النساء بكثرته وأحواله فإذا كان يعرف [illegible] حرمة أم الولد كالمضغة (مسئلة) ولو أقر بالوطء السيد وقال لها لم تلدي [illegible] الولد ففي كتاب ابن المواز قال مالك هذا لا يخفى على الجيران وقال مرة أخرى وهي مصدقة [illegible] وقال في موضع آخر هو بها لاحق وإن لم يعرف الجيران [illegible] الولادة ولا علمها إذا كان معها الولد وإن لم يكن معها ولد فقالت أسقطت أو ولدت فلا تصدق الا أن [illegible] على الولادة ولا [illegible] الا النساء [illegible] أشهب

(الباب الثاني في أنه لا [illegible] [illegible] ولا [illegible])

[illegible] مالك وأبي [illegible] والشافعي [illegible]

[illegible] أبي [illegible] [illegible] المطلب [illegible] في ذلك [illegible]

[illegible] والدليل على ذلك إجماع [illegible]

[illegible] أبو بكر [illegible] عمر [illegible]

[illegible]

فوجه الرواية الاولى ان حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأنه يعتق بالاداء ويرق بالعجز فلذلك لم تثبت لها حرمة الاستيلاد وجاز له بيعها ووجه الرواية الثانية انه قد ثبت لسيدها حرمة العتق بالكتابة * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وجه الرواية الاولى عندي ان ملك سيدها لم يكمل فلم تحصل أم ولد بما سبق لا ... في تلك الحال كالامة للعبد القن ووجه الرواية الثانية ان سيد المكاتب ممنوع من ماله لعقد ... فثبت لأم ولده حرمة الاستيلاد كالعتق المؤجل (مسئلة) وأما أم الولد المدبر فقد ... اختلاف أصحاب مالك فيها وقال القاضي أبو محمد وفيها عن مالك روايتان احداهما ثبوت الحرمة لها والثانية ... ووجه ثبوتها انه ... في ... العتق الذي يشمله فوجب أن لا ... حرمة كولد المكاتب ووجه الرواية الثانية أنه لم ... من العتق ما ... [illegible] ... الاستيلاد كذلك العبد القن (فرع) قال القاضي أبو محمد فاذا ... حرمة الاستيلاد لم يكن لسيده انتزاعها ... كانت أو غير حامل فاذا ... الاستيلاد فان للسيد انتزاعها ولا واحدا لان الولد داخل في ... ومثل هذا ... من الخلاف ... أم ولد المعتق الى أجل لان محمدا قال ان قول مالك ... في انتزاع أم ولده منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانما تكون أم ولد ... لأكثر من ستة أشهر من يوم عقد ... والكتابة ... بالولد فان ولد ... لاقل ... فلذلك لم تكن به أم ولد قاله ابن المواز وقال في موضع آخر الا أن ... المكاتب ... في الكتابة فانها تكون به أم ولد وقال ... تكون أم ولد ... ولا تكون أم ولد ... الاقل من ذلك فلان الولد لم ... الاب ... تكون به أم ولد ... على ... الاب (مسئلة) ... تكون أم ولد اذا ملكت ... فاذا حملت ... نكاح أو ... نكاح فلا تكون ...

[illegible]

ذلك المالكية والشافعية من قبل كونها [illegible] ووجه آخر وهو أنه لا خلاف أن للسيد استخدام أم الولد
وحكمهم حكمها إلا أن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها في الرق والحرية فعلى هذا يكون له استخدام الأم
ووجه ما تعلق به مالك وأصحابه في نفي استخدامها أنها ممنوعة [illegible] فلما ولا يستوفي ثلثه فلم يكن له
استخدامها كالحرة (مسئلة) وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا فكره مالك أن يزوج الرجل أم
ولده قال الشيخ أبو بكر إنما كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع دون
سائر المنافع فكره له أن يزوجها وإن زوجها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي
أنه شبهها بالزوجة التي ليس له فيها إلا الاستمتاع ولا يجوز له أن [illegible]
حسن فكره له أن يزوجها إلا أن يخاف [illegible] (مسئلة) [illegible]
وقد قال ابن القاسم في المدونة لا أجبره وقال القاضي في أحد أقواله لا يجوز [illegible]
[illegible] (مسئلة) [illegible]
[illegible]

(الباب الخامس في حكمها وحكم مالها بعد موته)

أما حكمها بعد موته فانها تعتق عليه من رأس ماله وان كان عليه دين يحيط بماله فانها حرة وهذا اذا كانت ولدت منه فان مات وهي حامل ففي العتبية عن أشهب عن مالك وفي الواضحة عن مطرف أنه ان كان الحمل بينا فقد عتقت حرمتها في الشهادة والموارثة والقصاص وغير ذلك قيل له قد يظهر البطن ويقول النساء هو حمل ثم ينفش فقال اذا ظهر واستوفي تمت حرمتها فسئل أن يصح رواه ابن القاسم عن مالك وقيل عن المغيرة توقف أحكامها وجه القول الاول ان الموجب لكمال حرمتها نفس الحمل بها مع موت السيد وقد وجد فوجب أن يحكم بكمال حرمتها ولا يمنع من ذلك ما يجوز من انفشاشه كالحيض يحكم بظهوره في وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل وان كان يجوز وجود الحمل معه وجود الحيض ويتكرر ووجه القول الثاني ما يتعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش فلا يكون له حكم الحمل الا بالولادة أو الاسقاط فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم (مسئلة) قال ابن القاسم قال مالك أم الولد تتبع مالها لان كل من عتق تبعه ماله لانه خارج من ملك الى غير ملك فتبعه ماله كالمدبر تعتقه بعده وأما ما كان لها من حلي أو متاع ففي العتبية من سماع ابن القاسم انه لها الأمر [illegible] يكر وكذلك ما كان لها من ثياب اذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها في حياة السيد وان لم يكن لها بينة على أصل العطية وعن ذلك عندي أن ما كان في ابتذالها ولباسها هو الذي يكون لها من مالها [illegible] يكون طارئا له [illegible] وابتذالها [illegible] وأما ما [illegible] له مما يعلم انه [illegible] أن يلبس وتحمل له فان عرف أن السيد قد وهبه أو [illegible] أو ملكه بأي وجه فانه يكون لها ما كان وقال أشهب عن مالك في العتبية ما أعطاها سيدها من حلي وثياب [illegible] وما أودعها من متاع البيت كلف البينة وان كان ذلك من متاع النساء بخلاف [illegible] وأما الفراش والحلي والتحاف والثياب التي على ظهرها فذلك لها [illegible] لم يشهد بعتق عنه في [illegible] الخاصة لها دون بينة ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت الا ببينة والله أعلم

(مسئل) [illegible] بعد موت سيدها [illegible] في [illegible] الى الحا [illegible] ولد [illegible] أم الولد الخامسة [illegible] لها الاهل من [illegible] لانه لما لم يكن له [illegible] لم يكن له [illegible] ولو كانت أمة لكان له أن يسدها من [illegible] الحانة أو [illegible] لا [illegible] (فرع) واختلف أصحاب مالك في [illegible] فقال [illegible] ابن القاسم والمغيرة في أم الولد [illegible] ابن القاسم [illegible] (فرع) [illegible] مالها [illegible] قال ابن المواز عن أشهب عن مالك [illegible] ورواه [illegible] عن ابن القاسم وأشهب عن مالك وروى [illegible] عن مالك [illegible] وان أرى أن [illegible] فقال المغيرة [illegible] الاول [illegible] لم [illegible] المحي [illegible] لم يكن [illegible] تتعلق [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

استخدامها كالحرة (مسألة) وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده قال الشيخ أبو بكر إنما كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع دون سائر المنافع فكره له أن يزوجها وإن رضيت * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أنه شبهها بالزوجة التي ليس له فيها إلا الاستمتاع ولا يجوز لها أن تتزوج مع بقاء ذلك السبب قال ابن حبيب يكره له أن يزوجها إلا أن تعتق عليها وبهذا أخذ جميع أصحاب مالك (فرع) فإن زوجها فقد قال ابن القاسم في المدونة لا أفسخه وقال الشافعي في أحد أقواله لا يجوز له أن يزوجها والدليل على ما نقوله أنه ولي لها فجاز إنكاحه لها كالوصي [illegible] (مسألة) واختلف قول مالك في إجبارها على النكاح وقد قال ابن حبيب في واضحته له أن يكره أم ولده على النكاح واختلف فيه قول مالك وثبت على أنه لا يزوجها إلا برضاها ووجه القول الأول أنها أمة تملك الاستمتاع بها بملك اليمين فملك إجبارها على النكاح كالأمة القن ووجه القول الثاني أنها ثبت لها حرمة تمنع رهنها وإجارتها فوجب أن يمنع إجبارها على النكاح كالمكاتبة وبه قال الشافعي في القولين جميعا

(مسألة) وفي النفقة على أم الولد فإن أعسر بها هل تعتق عليه للإعسار بالنفقة أم لا ففي كتاب ابن المواز لا تعتق عليه وبه قال جماعة من المصريين وقال أبو بكر بن اللباد سألت عنها يحيى بن عمر فقلت له تعمل وتنفق على نفسها قال لي إن لم يكن في صنعتها ما يكفيها قال يحيى بن عمر أرى أن تعتق قال أبو بكر وكذا قال أشهب ورواه عنه الأندلسيون وقال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه إذا أعسر بالنفقة أو غاب ولم يترك مالا ينفق منه عليها ووجه القول الأول ما احتج به المصريون أنها تتوصل إلى تحصيل نفقتها مع بقائها في ملكه بأن يزوج ممن ينفق عليها وهذا فارقت الزوجة فإنها لا تتوصل إلى تحصيل النفقة بالنكاح مع بقائها في ملكه ووجه القول الثاني أنها ثبت لها حق في الرق فجاز أن يزول ملكه عنها بالإعسار كالأمة وأيضا فإنه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجة (فرع) ولو غاب عنها سيدها ولم يترك لها ما تنفق منه عليها فقد قال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه [illegible] وجها إذا كم لا [illegible] بكره ولا [illegible] فكيف [illegible] المصريون تزوج عليه إن كان غائبا وجها وإن كان [illegible]

(الباب الرابع في حكم مالها في حياته)

قال للسيد أن يأخذ مالها ما لم يمرض لأنها باقية في ملكه [illegible] فكان له انتزاع مالها [illegible] لأمه [illegible] وليس له [illegible]

وقال القاضي أبو محمد [illegible] فلم يكن له [illegible] كالأمة [illegible] في المرض [illegible] على ورثته [illegible] كالمعتق إلى أجل [illegible] أن [illegible] لم يكن لأحد [illegible] القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندي أن [illegible] إذا اعتقه في مرضه كالمدبر (مسألة) [illegible] في المدونة [illegible] أم [illegible] ولا أن يحجروا [illegible] أحد [illegible] ووجه ذلك [illegible] أم الولد للثلث [illegible]

أن حكمها حكم من تعتق بموت سيدها فتعتق من رأس ماله وإن كان عليه دين يحيط بماله فهي حرة وهذا إذا كانت ولادتها قبل وفاته فأما إذا توفي وهي حامل ففي العتبية عن أشهب عن مالك وفي الواضحة عن مطرف أنه إن كان الحمل بينا فقد تمت حرمتها في الشهادة والموارثة والقصاص وغير ذلك قيل له قد يظهر البطن ويقول النساء هو حمل ثم ينفش فقال إذا ظهر واستوقن تمت حرمتها قبل أن تضع رواه ابن القاسم عن مالك وقيل عن المغيرة توقف أحكامها وجه القول الأول أن الموجب لكمال حريتها سبق الحمل بها مع موت السيد وقد وجد هذا فوجب أن يحكم بكمال حرمتها ولا يمنع من ذلك ما يجوز من اشتباهه كالحيض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل وإن كان يجوز وجود الحمل مع وجود الحيض وتكرره ووجه القول الثاني ما تعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش فلا يكون له حكم الحمل إلا بالولادة أو الإسقاط فيجب أن يوقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم (مسئلة) فإذا توفي السيد فإن أم الولد تتبع لها إلا أن كل معتق يتبعه ماله لأنه خارج من ملك إلى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يعتقه سيده وأما ما كان لها من حلي أو متاع ففي العتبية من سماع ابن القاسم أنه لها الأمر المستنكر وكذلك ما كان لها من ثياب إذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها في حياة السيد وإن لم يكن لها بينة على أصل العطية ومعنى ذلك عندي أن ما كان في ابتذالها ولبسها فهو الذي يكون لها منه ما لا يستنكر لأن ظاهر لبسها له وابتذالها يقتضي أنه عن ملك وأما ما يستنكر مثله مما يعلم أنه يقصد به الهبة وإنما يقصد به أن تلبسه وتتجمل له فإن عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكته بأي وجه فإنه يكون لها ما كان وقال أشهب عن مالك في العتبية ما أعطاها سيدها من حلي وثياب فذلك لها إذا بان وما أودعها من متاع البيت كلفت البينة وإن كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرة وأما الفراش والحلي واللحاف والثياب التي على ظهرها فذلك لها بدءا يعلم أنها تستغني عنه في لباسها وابتذالها فذلك لها دون بينة ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت إلا ببينة والله أعلم

(فصل) وقوله إذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها الضمير في قوله بينها راجع إلى الجناية وفي قوله قيمتها راجع إلى أم الولد الجانية يريد أنه يلزمه أن يفديها بالأقل من أرش جنايتها أو قيمتها لأنه لما لم يكن له أن يملكها غيره لم يكن له أن يسلمها ولو كانت أمة لكان له أن يفديها بأرش الجناية أو يسلمها بقيمتها لأنها بدل منها عند تعذر إسلامها (فرع) واختلف أصحاب مالك في تقويمها فقال أشهب في الموازية حالفني ابن القاسم والمغيرة في أم الولد إذا جنت فقيمتها يوم جنت فرجع ابن القاسم وبقي المغيرة إذا جنت قيمتها يوم الحكم (فرع) فإذا قلنا إنها تقوم فهل تقوم بمالها أو بغير مالها قال ابن المواز عن أشهب عن مالك تقوم بغير مالها ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك وروى البرقي عن أشهب عن مالك تقوم بغير مالها وأنا أرى أن تقوم بمالها وبه قال المغيرة وعبد الملك وجه القول الأول أن الأمة الجانية إذا لم يسلم لم يملكها المجني عليه لم يكن للجناية بها تعلق بمالها ألا ترى أنه لو قتل عبد فافتدى منه فإن ماله يبقى لسيده ولا خلاف في ذلك في قول أصحابنا ولو عفا عن قتله وأسلمه لذلك فقد اختلف فيه قول ابن القاسم مرة قال يتبعه ماله وبه قال عبد الملك وأشهب ومرة قال لا يكون ماله تبعا له فلما كانت أم الولد إذا جنت لم تسلم لم تتعلق الجناية بمالها ووجه القول الثاني ما احتج به المغيرة وعبد الملك أنها لو كانت جنت على أمة فأسلمت لأسلمت بمالها فكذلك إذا فديت وجب أن تقوم بمالها (مسئله) ولو ماتت أم الولد بعد أن جنت فتركت مالا

[illegible] ... بن القاسم [illegible] ...

[illegible] فان كان مالها عبدا أدى ... فان لم يكن له غيره وان كان عرضا غير ... فداه أو أسلمه وكل واحد منهما يبنى على أصله فان ابن القاسم يقول تقوم بغير مالها فلا تتعلق ... الجناية بمالها وابن الماجشون يقول تقوم بمالها فان الجناية متعلقة بمالها فان عدمت أم الولد بقى مالها والجناية متعلقة به

(فصل) وقوله ليس له أن يسلمها يريد انه ليس له أن يمنع من فدائها ويرضى باسلامها كما يفعل ذلك في الأمة بل يجبر على أن يفديها على الوجه الذي قدمناه لأن في اسلامها عليه كالهبة وذلك ممنوع كالبيع والهبة

(فصل) وقوله وليس عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها يريد ان كانت قيمة ... أم الولد أكثر من قيمة ... الجناية ... ادا كانت جناية واحدة فان تكررت جناياتها ... الحكم ... الأولى ... مالك ليس عليه الا قيمتها لجميع الجنايات وان كان ارشها مثل قيمة أم الولد ... ان الحكم فيهما كان حكما واحدا كان حكم ... جنايتها ... واحدة ... لم تكن ... على سيدها الا أن يسلمها ... قال أبو حنيفة ... أحمد ... كل جناية ... واحدة ... أخرى ... شارك الاول والثاني في القيمة الاولى ... والدليل على ما نقوله ان ما قاله ... ان المجنى ... وهي في ... والمدة ... (...)

وليس على العاقلة شيء من جناية أم الولد لأنها أمة ولا تحمل العاقلة الا ... أحرار ... ان لم يعتقها السيد أسلمها ... وحملت ... العاقلة ... جنايتها ... لم ... مثل العاقلة ... ولا ... على أم الولد ... [illegible]

... بها ... [illegible]

... بها ... [illegible]

... وهو ... قال ابن كنانة في المدنية وان كان لها مال ولا مال ... [illegible]

السيد ولم ... على ... أم ... [illegible]

﴿القضاء في عمارة الموات﴾

[illegible] ... عن مالك عن هشام بن عروة ... [illegible]

أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق قال مالك والعرق الظالم ... [illegible]

بغير حق ... مالك ... عن ابن ... عن سالم بن عبد الله ... [illegible]

ميتة فهي له قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ... [illegible]

من أحيا أرضا ميتة فهي له احيا الأرض ... [illegible]

﴿القضاء في عمارة الموات﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق قال مالك والعرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق * وحدثني مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال من أحيا أرضا ميتة فهي له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

الامتناع بها على وجه الزراعة والحرث والبنيان وقد يستعمل موات الأرض بمعنى عدم سقيها وتعذر نباتها وحياتها بسقيها وظهور نباتها قال الله تبارك وتعالى فانظر إلى آثار رحمة الله كيف يحيي الأرض بعد موتها إن ذلك لمحيي الموتى وهو على كل شيء قدير (مسألة) قال أبو حنيفة كل ما قرب من العمران فليس بموات وما بعد منه ولم يملك قبل ذلك فهو موات وروى ابن سحنون عن ابن القاسم أن ما قرب من العمران لا يدخل في الحديث ويحتمل أن يريد أن اللفظ عام في من أحيا ما بعد وقرب فخص منه من أحيا ما قرب بدليل ظهر إليه فثبت بذلك أن المراد به ما بعد ويحتمل أن يريد أن لفظ الأرض لما ورد منكرا لم يقتض العموم واقتضى أن يريد به ما بعد دون ما قرب ويحتمل قول أبي حنيفة الوجهين وأنكر سحنون قول ابن القاسم هذا وقال المعروف أنه لا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام وعندي أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه سحنون من قوله المعروف وقد روى ابن سحنون عن أبيه قال مالك معنى الحديث في فيافي الأرض وما بعد من العمران وهذا القول يحتمل من التأويل ما يحتمله قول سحنون فثبت بذلك أن الذي أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على أنه لا يجوز الإحياء فيما قرب من العمران وإن أذن فيه الإمام على وجه التمليك بالإحياء وإن جاز أن يملكه الإمام على وجه الإقطاع وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم ما قرب من العمران لا يحييه إلا بقطيعة ونحوها روي عن ابن نافع والله أعلم وأحكم وقال الشافعي ما لم يملكه أحد في الإسلام ولا عمر في الجاهلية عمارة وربت في الإسلام فذلك الموات المذكور في الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهي له يقتضي ظاهره ملكه لها وفي ذلك خمسة أبواب * الأول في صفة الأرض التي تملك بالإحياء * والباب الثاني في صفة المحيي لها وحكمه * والباب الثالث في صفة الإحياء * والباب الرابع في حكم ما أحيي من الأرض ثم مات * والباب الخامس في حكم الأرض الموات والآبار في البيع والقسمة وغير ذلك

(الباب الأول في صفة الأرض التي تملك بالإحياء)

قال سحنون في المجموعة الأرض على ثلاثة أضرب عنوة أو صلح أو مما أسلم عليها أهلها فأما العنوة فما كان فيها من موات وشعاري لم يعمل ولا جرى فيها ملك لأحد فهي لمن أحياها كذلك أرض الصلح ما كان منها مواتا لم يعمل ولا جرت بعمارة فهي لمن أحياها وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها فإنها على ما أسلموا عليه وهو يملك على وجهين أحدهما أن تكون محدودة ولها مالك معروف مخصوص والثاني أن تكون من الأودية والمراعي ليست محدودة ولها مالك معين وقال في موضع آخر إنها لا يملك جميع الملك وإنما هي للمرافق والمنافع فما كان من أرض الأعراب على [illegible] الوجهين فهي لمن أحياها وعندي أن هذا التقسيم لا يحتاج إليه إلا لمعنى المستتر لأن حكم [illegible] ذكره واحد ووجه ذلك أن كل وجه [illegible] الأرض من الوجوه الثلاثة فإنما [illegible] ما يقصد ذكر الملك له إنما [illegible] مخصوص أو القوم [illegible] أو ملك المنافع على الوجه العام [illegible] مما يتعلق بالمنافع [illegible] أحياه المرء على ما لا حق لأحد فهي له بالإحياء دون غيره (مسألة) وما كان [illegible] ولا يجوز أحد عليه شيئا ولا يحيي عليه شيئا قاله ابن [illegible] في كتاب ابن سحنون [illegible] ما يملك أهل الإقطاع [illegible] وما ملك قوم الإقطاع [illegible] بالإحياء كالمراعي التي قد ذكرناها
(مسألة) [illegible] فالموات على ضربين ضرب بعيد من العمران وضرب قريب فأما ما بعد من

الشيرازي قلت قال مالك يفتقر إلى إذن الإمام خلافاً لأبي حنيفة في قوله ليس لأحد أن يحيي مواتاً
من الأرض إلا بإذن الإمام وقد رواه يحيى عن ابن نافع والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم
من أحيا أرضاً ميتة فهي له وهذا عام فيحمل على عمومه ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أرض لا يتعلق
بها حق لغير المحيي فلم يفتقر في إحيائها إلى إذن الإمام كالتي يملكها المحيي (فرع) قال غيره إنما يفتقر إلى إذن
الإمام ففي كتاب ابن سحنون عن مالك ما علمت اختلافاً بين أهل العلم من أحيا أرضاً ميتة بعيدة
من العمارة بغير إذن الإمام أن ذلك له وفي كتاب ابن مزين عن ابن نافع أن عمر بغير إذن الإمام
فهو له وقال في العتبية يقطع الموات البعيد فيحييه بغير إذن الإمام [illegible] الإمام فإن رأى أن يقره
أقره وإن رأى أن يخرجه أخرجه (مسئلة) وأما التي تقرب من العمران فلا يحييها أحد إلا بإذن
الإمام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافاً للشافعي في قوله يحييها من شاء بغير
إذن الإمام ورواه ابن عبدوس عن أشهب قال سحنون وبه قال كثير من العلماء من أصحابنا [illegible]
والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق والذي يقرب من العمران
قد يتعلق في إحيائه ويستضر الناس بذلك لمضرته عليهم في مسارحهم [illegible] ومواضع [illegible]
ومرعى أنعامهم فاحتاج إلى نظر الإمام واجتهاده في ذلك قال [illegible]
[illegible] قوله صلى الله عليه وسلم
من أحيا أرضاً [illegible]
[illegible] (فرع) [illegible] الإمام [illegible]

[illegible]

به أو يكون هو أصلح لهم من غيره فلذلك كان للإمام إذا أحيا بغير إذنه أن يصرفه إلى غيره ممن
لا يستضر بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه (فرع) ومن أحيا أرضا في الفيافي فليس
لغيره أن يحيي بالقرب منه إلا بإذن الإمام قاله سحنون في المجموعة قال لأنه قد صار بالإحياء عمرانا
فلا يعمر بقربه إلا بإذن الإمام (مسئلة) إذا ثبت ذلك فحد القرب والبعد المذكورين قال
سحنون في كتاب ابنه ما رأيت من وقت فيه من أصحابنا وما كان من العمارة على يوم وما لا تدركه
المواشي في غدوها ورواحها فأراه من البعد وأما ما تدركه المواشي في غدوها ورواحها وأبعد من
ذلك قليلا مما فيه الرفق لأهل العمارة فهو القريب يدخله نظر السلطان فلا يحيا إلا بإذنه وقال أبو
يوسف الحد في ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته وما قاله
سحنون أظهر لأن الاعتبار في ذلك إنما هو بارتفاق أهل العمران بالمسرح والمحتطب دون سمع
الصوت والله أعلم وبهذا القول لابن القاسم في كتاب ابن سحنون (فرع) وما يقطعه الإمام
قال ابن سحنون عن أبيه يجتهد فيه الإمام ويشاور فيه أهل القرى وقال في موضع آخر عن ابن
القاسم يقطع الإمام مما قرب العمران فإن كان فيه على أهل القرى ضرر في مسرح أو مرعى
أو محتطب ونحوه منع منه وإن لم يكن فيه ضرر أمضاه وقيده بعض من قولنا إنه يقطع ذلك من نحو
أشياخ مجاوريه والله أعلم وفي المدونة في الإقطاع وإنما يحتاج إذا أحياه بغير أمر الإمام نظر فيه
الإمام وإن أحياه مما قرب من العمران بغير أمره وكان ثمة من هو أحوج إليه منه نزعه منه وإن
لم يكن ثم من هو أحوج إليه أقره في يده ولا بأس أن يقطع الإمام الأغنياء إذا كان قد أقطع الفقراء
ما يكفيهم فاشتراكهم في الغنى والفقر ولعل هذا الاعتبار مقصور على الإقطاع دون الإحياء لأن الإحياء
لا يملك به الأرض إلا بالإنفاق والعمل فالغني أقدر عليه والإقطاع يملك الأرض دون عمل ولا نفقة
فالفقير أحوج إليه من الغني والله أعلم

(الباب الثاني في صفة المحيي للأرض وحكمه)

وذلك أن المحيي للأرض في بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلما أو ذميا فإن كان مسلما فحكمه
ما تقدم وإن كان ذميا ففي المجموعة عن ابن القاسم يحيي له لما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من
أحيا أرضا ميتة فهي له إلا أن يكون ذلك في جزيرة العرب لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبقى دينان
بأرض العرب (فرع) فإذا ثبت أن الذمي يحيي في بلاد المسلمين فإن ذلك فيما بعد من العمران
فأما ما قرب من العمران فإنه يخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفيء
والذمي لا حق له في الفيء وكذلك إن عمر في جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن
فإنه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وفي هذا القول
نظر فإنه إن كان ما قرب من العمران حكمه حكم الفيء فإنه لا يجوز لأحد تملكه وإنما يملك منافعه ولا
رقبته ولأن هذا حكم الفيء من الأرض عند مالك ويدل على هذا القول أنه لا يصح إحياؤه من العبد
والمرأة لأنهما ليسا من أهل الفيء ولا يصح ممن لم يبح له ذلك البلد لأنه ليس من أهل ذلك الفيء ولو قلنا
فإن الحكم في ذلك حكم المسلمين لم يمنعه كان حكمه حكم المسلمين في إحيائه وقال القاضي
أبو الوليد ولا يظهر لي في ذلك فرق وإن الماجشون إن يكون معناه أن الاستيلاء بأمره في
ذلك لم يكن له أن يأذن لأن الإمام إنما ينظر في ذلك بما ينظر به للمسلمين ولعامة المسلمين فإن لم يكن على
جماعة المسلمين في ذلك مضرة في حق المسلمين أن يأذن له وإن كان عليهم في ذلك مضرة في حقهم

أن يمنعوه في إحياء غير المسلمين ما قرب من مواطنهم وعمارتهم مضرة فلا يجوز وللإمام أن يأذن له فإن تعدى وعمر بغير إذن نظر للمسلمين بإخراجه منه بأن يعطيه قيمته منقوضا من بيت مال المسلمين أو من مال من يصرف إليه أو يؤمر بقلعه ولا يسوغ المشاركة إن لم يأخذه لأحد ورأى المصلحة للمسلمين في منع إحيائه والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في صفة إحياء الأرض)

قال مالك في المجموعة وكتاب ابن سحنون إحياء الأرض أن يحفر فيها بئرا أو يجري عينا ومن الإحياء غرس الشجر والبناء والحرث فما فعل من ذلك فهو إحياء وقاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إن الإحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء البنيان وتنقية ماء الردغة من الأرض وقطع الغياض والشجر عن الأرض فالعظم منه [illegible] في [illegible] حتى [illegible] فهذا وما أشبهه إحياء ([illegible] مثله) وأما الرعي فلا يكون إحياء قاله ابن [illegible]

[illegible]

من ان من ملك المباح ثم خرج عن يده حتى عاد الى أصله فانه لمن ملكه بعده كالصيد يخرج من يد صائده فيلحق بالوحش فهو لمن صاده بعده وجه قول سحنون ان ما لا يخرج من ملكه بالمعسر اذا ملك بالابتياع فانه لا يخرج عن ملكه بالمعسر اذا ملكه عن اباحة كالثياب وذلك ان الفرق بين الارض والصيد ان الصيد لو ابتاعه ثم ند ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده ولا خلاف ان من اشترى أرضا ثم تبورت فأحياها غيره بعده فانها لمن اشتراها دون من أحياها (فرع) وسواء أحياها الاول باذن الامام أو بغير اذنه قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وذلك اذا كان الاذن ليس بمعنى الاقطاع فتحقق عليه واذا كان بمعنى الاقطاع فحكمه على ما تقدم (مسئلة)

وأما ما ملك من الارض بشراء أو ميراث أو هبة قال ابن القاسم أو حظ فانها لمن ملكها وان لم يعمرها وبسبع ذلك وورث عنه فان أحياها غيره فلا يخلو أن يحيي الثاني ما الذي للاول بعلمه أو ما للاول بعلمه وان أحيا ما ليس للاول بعلمه فهو للثاني وان أحيا ما للاول بعلمه فلا يخلو أن يكون المحيي يعلم ذلك أو لا يعلمه فان علم ذلك فقد تقدم ذكره وان لم يعلم ذلك فقد قال ابن القاسم يقال لصاحب الارض اعطه قيمة عمارته فان أبى قيل للعامر اعطه قيمة أرضه فان أبى كانا شريكين بقدر قيمة أرضه وقيمة عمارته وذكر المطرف وابن الماجشون ان هو مالك والمعسر وابن دينار [illegible] عمارته وذكر المطرف وابن الماجشون ان هو مالك والمعسر وابن دينار [illegible] ابن الى عمر أن يعطي رب الارض قيمة أرضه ولكن اذا أبى رب الارض أن يعطيه قيمة عمارته كانت الارض بينهما بقدر قيمة أرضه براحا والآخر بقيمة عمارته قائمة [illegible] ان يقوم الارض موترة ثم تقوم عامرة فما زادت قيمتها بالعمارة فالعامل به شريك لرب الارض وجه القول الاول ان للثاني حقا بالاحياء فكان له أن يعطيه الآخر قيمته كصاحب الارض ووجه القول الثاني ان الارض أصل ثابت فقدم وعمل الثاني وارد عليها والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في حكم الارض الموات والانوار [illegible] والسبع)

الانوار والسعاري على ثلاثة أضرب ضرب لا يحيط به العمارة وضرب يحيط به العمارة وضرب يكون [illegible] أما ما لا يحيط به العمارة فقال [illegible] على [illegible] كما [illegible] وان [illegible] لسعوا الى [illegible] عندوها [illegible] واحياؤه [illegible] لهم مراع ومحتطب فلا يكون لمن احياها اذا [illegible] وأنكر سحنون هذا وقال المعروف لمالك وابن القاسم غير هذا الوجه [illegible] الناس لم [illegible] بعد من العمران ان يحيا بقطيعة من الامام واحد [illegible] الكر [illegible] للرجل أن يحيي دون الامام وقال آخرون لا يحيا الا بقطيعة الامام [illegible] وجه [illegible] من المسمه [illegible] في ذلك [illegible] على وجه الضرورة (مسئلة) [illegible] العمارة [illegible] وداود بن سعيد [illegible] قال مطرف وابن الماجشون [illegible] اجمعوا على ذلك أو أكثرهم [illegible] الاول [illegible] أن يقطع أحدا [illegible] (مسئلة)

وأما ما كان من الارض [illegible]

لمكان البور ترعى فيه غنمهم ويحتطبون فيه ليس لهم قسمته ويبقى مرعى لهم وللمارة وروى عنه ابن سحنون انهم اذا أرادوا قسمته قسم بينهم وكلا القولين مبني على ما تقدم (فرع) فاذا قلنا تقسم بينهم فانما يقسم على عدد القرى ويعطى كل قرية ما يليها يسوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء الكريم بقيمته واللئيم بقيمته رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كانت القرى متصلة بالشعراء والابوار فان حال بينهما جبل أو صحراء أو نهر عظيم فان ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ الا أن يقربوا منه بالملك رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون يدخل معهم أهل القرية التي حال بينها نهر أو جبل أو صحراء أو حرث لا يعرف واختاره ابن حبيب قال سحنون ولو قال ابن الماجشون ان السلطان يقطعهم اياه بينهم لئلا يضر بهم من يقسمه [illegible]

لكان وجها وقد خلط في بعض قوله فقال فان من أهل القرية التي خلف النهر والصحراء ان لهم في الشعراء حقا معهم وقد قال أهل القرى ان الذين يضر لهم من يحتمه ضر لهم صادق كرما أو دمنه قال سحنون فصار هذا كالاول (مسئلة) واذا كانت الشعراء بين القرى ويقطع [illegible] الشعراء وبه قرى أخرى [illegible] فأهل القرية التي لها أحق بها رواه ابن سحنون عن ابن القاسم قال [illegible] أهل تلك القرية [illegible] في الشعراء [illegible] وكذلك [illegible] أهل القرى في الشعراء [illegible] لا [illegible] وما [illegible] أهل القرى [illegible] (فرع) [illegible]

القرى [illegible] الابوار [illegible]

والى ذلك رجع [illegible] القرى [illegible]

الماسة [illegible] القرية الكبرى فلا يمنع من ذلك أهل [illegible] ولا [illegible]

أهل القرية الكبرى [illegible] وليس كذلك أهل [illegible]

[illegible] أملاك [illegible] كل واحد [illegible]

[illegible] أو [illegible] يكون له حكم [illegible] والله أعلم وأحكم

(مسئلة) [illegible] لعرب [illegible]

[illegible]

[illegible] في حوزها [illegible]

ذلك في [illegible] ذلك

(فصل) وقوله ليس له حق [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] حكم

﴿ القضاء في المياه ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذينب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل ﴾ ش قال عيسى بن دينار وسحنون مهزور ومذينب واديان بالمدينة زاد سحنون وليس يملكهما أحد كانا يسقيان بالسيل فإذا أتى السيل سقى الأعلى حائطه ثم الذي يليه وذلك أن المياه التي يسقى بها على ضربين ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار وضرب يملك أصله كالعيون والآبار فأما ما لا يملك أصله فلا يخلو أن يكون طريقه في أرض مباحة أو في أرض يملكها رجل معين أو في أرض يملكها رجال معينون فأما ما كان طريقه في أرض لا تملك مثل المياه التي تسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية كمهزور ومذينب فتسيل مياههما في أرض مباحة غير مملوكة إلى أرض من يسقي بهما فيصل جريهما في مثل ذلك ويحاذي مجرى الماء في إحدى جانبيه أو في جانبيه جميعا مزارع وحدائق لأناس يسقون بها فهذا حكمه أن يسقي به الأعلى فالأعلى وذلك إذا كان إحياؤهم معا أو إحياء الأعلى قبل الأسفل وهو معنى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم وإلى هذا ذهب مالك وأصحابنا قال ابن نافع وإنما حكم السيل أنصافا إن أحيا رجل ماء سيل ثم أتى غيره فأحياه وهو أقرب إلى أعلى سيل منه وأراد أن ينفرد بالماء ويسقي قبل الأسفل الذي أحيا قبله وذلك يبطل عمل الباني ويتلف غرسه وزرعه فقد قال سحنون إذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالمقدم أحق بالماء ووجه ذلك أن استحقاقه للماء تقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك (فرع) فإن كانت الجنان فيما لم يبن ما حكمه أن يكون الأعلى بالأعلى فقد قال سحنون في كتاب ابنه يقسم بينهما الماء ووجه ذلك تساويهما في وجه الاستحقاق فإن كان الأسفل مباينا لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى ولما كان منه مقابلا بحكم المقابل (مسئلة) وإن كان جري الماء في أرض رجل معين فقد قال سحنون ما كان من سيول المطر في أرض الناس المعروفة فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويحبسه في أرضه قل أو كثر ولا يرسل منه شيئا إلى من تحته إلا أن يشاء ووجه ذلك أنه بدخوله في أرضه قد صار أحق به من غيره وإنما ينازع فيه قبل دخوله في أرض أحد فأما ما سال في أرضه وهو حوله فله منعه إن شاء وبالله التوفيق (مسئلة) وأما ما كان سيله في أرض يملكها قوم معينون مثل أهل النهر يجتمعون على إخراج مائه فيعملونه في أرضهم أو في أرض مشتركة ملكوها لشرب أشجارهم بها وذلك نوع من الإحياء فإن هؤلاء أحق بمائهم وهم فيه سواء في حكم الشرب لا يقدم الأعلى على الأسفل وإنما هو بينهم يقتسمون الماء الذي يملك أصله وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى

(مسئلة) وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقد قال سحنون إن هؤلاء يقتسمون ماءهم على قدر حقوقهم بالقلد ولا يقدم أحد على أحد ولكن يأخذ كل واحد حصته يصنع بها ما شاء ووجه ذلك أن رقبة العين والبئر ملك لكل شريك فيها الحظ [illegible] والمضرب [illegible] ما شاء من [illegible] أو [illegible] وفي المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في أرض بين [illegible] ولهم شرب فأراد أحدهم أن يسوق حصته من الشرب إلى أرض [illegible] له ذلك [illegible] حصته من الأرض أو لم يعطلها قال [illegible] وكذلك تكون له إن [illegible] بالمرة [illegible] فلا يكون له ذلك إلا بإذن وأما إذا كانت الأرض مشتركة بينهم على الإشاعة

فليس لأحد منهم أن يصرف حصته من ذلك الماء عنها إلا أن ذلك يضر بعضهم منها والله أعلم وأحكم

(مسئلة) والعلة على أنواع منها أن يؤخذ قدر وينقب في أسفلها ثقب ويملأ من الماء ويكون قدر أقلهم نصيبا مقدار ما يجري ماؤه على ثقبه تلك فتملأ ولا يزال صاحب الحصة من الماء يأخذ ماء العين كله ويصرفه فيما شاء الى أن يفنى ماء القدر ثم يملأ للذي يليه مرة أو مرتين أو ثلاثة بقدر حصته والله أعلم وقال ابن حبيب تفسير ذلك أن يأخذ الامام رجلين مأمونين أو يتراضى الشركاء بهما ساؤا أو يؤخذ قدر فخار أو غيره يثقب في أسفله بمثقب ثم يرفع المثقب ثم يعلق القدر ويجعل تحته قصرية ويعدما في جرار فاذا انصدع الفجر صب الماء في القدر فسال الماء من الثقب ... ثم الماء أبدا يصب حتى يكون سيل الماء من الثقب ... النهار كله والليل كله الى انصداع الفجر ... ويقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهما كيلا أو وزنا ثم يجعل لكل واحد [illegible] الماء ... [illegible] الأول فاذا أراد أحدهم السقي [illegible] عادوا وصرف الماء كله الى [illegible] ما سال الماء من [illegible]

استهموا الى ذلك

(فصل) وقوله [illegible]

فروي [illegible]

* وحدثني مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ

[illegible]

ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون ان ذلك في الأرض يريد الرعي لا للعمارة فهم والناس في الرعي سواء ولكن يبدؤن عليهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان بئر الماشية هي ما حفره الرجل في غير ملكه على ماء يشربه مما يحفره الرجل للماشية في البرارى والفيافي والقفار فهذه البئر اذا حفرت فانما حفرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته ويتصدق بما فضل من مائها ويسعه للناس فانبنى مالك وأصحابه على انه لا يمنع ما فضل عنه من مائه قال مالك في المدونة لا يباع بئر الماشية ما حفر منها في جاهلية ولا اسلام وان حفرت في قرب قال ابن القاسم يريد بقرب المنازل اذا كان انما احتفر للصدقة قال ابن القاسم وانما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأهلها أحق بمائها فاذا فضل عنهم فضل فالناس فيه أسوة قالوا وأما من احتفر بئرا في أرضه لبيع مائها أو ليسقى ماشيته ولم يحفر للصدقة فلا بأس ببيعها فعرر من [illegible] ما احتفره في أرضه فالظاهر انها على الملك وانما الى [illegible] حتى يبين انها للصدقة وما احتفر في غير أرضه للماشية أو للشرب فقط ولم يحفرها لاحياء زرع أو غرس فالظاهر انه احتفرها لتكون المقدم في منفعتها وللناس فضلها لانه انما يحفرها بحسب [illegible] ولا حرث به العادة الا يستدلها انما يتصرف في عملها دون شرط الى المعتاد من حالها وعلى ذلك يحمل و بهذا الحكم حكم لها (مسئلة) فان بين وأشهد انه يريد التملك فلم أر فيه نصا والظاهر عندى انه على شرطه و بهذا [illegible] الكرا [illegible] ويكون [illegible] من أحيا أرضا فان كان بالبعد وحيث لا يتضرر بأحد فلا اعتراض فيه عليه وان كان بالقرب وحيث يخشى الاستضرار بطريقه الامام (مسئلة) وهذا حكم الآبار فأما في المواجل في المدونة قال مالك [illegible] بها في الصحاري والفيافي كمواجل طرق المغرب فانها كالآبار التي يحفر للماشية وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة في جباب البادية التي تكون الماشية [illegible] لا يمنع أن يمنع فضل مائها [illegible] به الكلأ [illegible] فالجباب التي تحمل للماء السماء قال ذلك أبعد ودون العيون [illegible] أن [illegible] فليس كالبئر وجه القول الاول أن [illegible] لسموه [illegible] (مسئلة) ووجه القول الثانى ان المواجل ليست [illegible] الآبار [illegible]

[illegible] لا [illegible] مالك لا يورث ولا [illegible] ولا [illegible]

وان احتاج ولا [illegible] لا يورث انه لا يكون [illegible] أحق بمائها [illegible] ابن حبيب في معنى قول مالك انها لا تباع ولا تورث وصاحبها الذى احتفرها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها قال [illegible] ابن نافع عن مالك [illegible] ابن الماجشون لا [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] وقال ابن [illegible] القاضى [illegible]

[illegible] القاضى

[illegible] ابن نافع [illegible] مالك وأما [illegible] فانه من

يبيع الكلأ المباح وقال في المدونة وللناس ما فضل وعلل ذلك أشهب بأن ما يشرب به مجهول وقال
ابن القاسم لا يباع لأن الناس فيه شركاء ويدل عليه نهيه صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع
به الكلأ وظاهر النهي التحريم وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم ولو كان على ما قال
أشهب لجاز أن يورث ويوهب لأن الجهالة لا تمنع ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي
عندي أنه إنما ينصرف في الكراهية إلى أن يحمل أولا على الأمر الذي أمر به وأما إذا حكم له بحكم الإباحة
لمصلحة فإنما يجب أن يحمل على التحريم من منعه وهو ظاهر الحديث ومقتضى منع [illegible]
من المشاركة فيه ومنع هبته (فرع) ولم يبدأ بالشرب قال ابن الماجشون إن كان لهم سنة من
تقديم ذي المال الكثير لو قدم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه وإلا استهموا ووجه ذلك أن من
استحق التقديم بسنة استمرت له وإن لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم لأنه [illegible] بتقديم
من لا يستحق التقديم بغير هذا السبب ولا يستحق عليه (مسئلة) ولأهل الشرب قال في المدونة والمواجل
حاجتهم من الماء لا يشركهم فيه غيرهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نهى أن يمنع فضل الماء وأما قدر
الحاجة منه فلم يتعلق به منع فكان لهم منعه إن احتاجوا وأما فضله فقال ابن [illegible] سواء (مسئلة)
وأما ابن السبيل فقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة لا يمنع ابن السبيل من ماء الماشية و[illegible]
كان يكتب على من احتفر أن أول ما شرب بهذه الآبار الجدد أبناء السبيل [illegible]
[illegible]
[illegible] صلى
الله [illegible]
[illegible]
من الإمام وقال أشهب في المجموعة [illegible]
[illegible]
[illegible]
ودوابهم [illegible] في الآثار [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
كان لهم منعه والله أعلم
[illegible]
[illegible]
[illegible]
أشهب في المجموعة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

كان في الانهار والخلج التي لا تملك فليس لمن دنا اليه سكناه وحقه ان يمنع منه طارئا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ قيل انه يقتضي النهي عن الذرائع ومعنى ذلك ان من منع فضل الماء ليتسبب به الى منع الكلأ المباح لانه لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء والمانع فيما يحتاج اليه من الماء يقصد غالبا الانفراد بالكلأ فمنع من ذلك ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه في الذرائع ان يمنع منه من قصد الكلأ ومن لم يقصده والله أعلم (مسئلة) وأما الكلأ فعلى ضربين ضرب في فيافي الارض وضرب في العمارة قال مطرف فما كان في فيافي الارض فلا يجوز لأحد أن يمنعه غيره ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع به ذلك الكلأ قال ابن القاسم في المجموعة انما ذلك في الفيافي والقفار فيفسر من ذلك انه لا يحمى شيء من ذلك الكلأ ولو كان ما يفسر به المنع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به الى منع الكلأ ووجه آخر أن النهي انما توجه الى منع فضل الماء وأن يتوصل به الى منع الكلأ ولم يتوجه به الى المنع من فضل الماء وانما تضمن ذلك المنع من الكلأ على الاطلاق وأما ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه حمى النقيع لخيله وان أبا بكر حمى الربذة وان عمر حمى سرف والربذة فان ذلك انما هو أن يحمي موضعا لا يضيق به على الناس للحاجة العامة الى ذلك لماشية الصدقة التي يحتاج اليها والخيل التي يحمل عليها وقد روي عن عمر انه قال والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا انها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وقد روى ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى الا لله ولرسوله يريد والله أعلم انه لا يمنع الناس منها الا لما كان لله تبارك وتعالى كابل الصدقة فلا يكون ذلك الا بما ذكرناه من فيافي الارض التي هي لجماعة المسلمين أو من حقوق قوم من العرب فلا يجوز أن يمنعوا منها الا بهذا الوجه وأما منعهم اياها من غيرهم فليس لهم ذلك فيما نسبه ومن عرف بهم غرعي اطول عادته أو بسلائه لمه واسلامه عليه وقد قال ابن عبدوس ما أسلم عليه القوم من أرض الاعراب وفيافيهم الم تكن فيها فضل عن رعي ماشيتهم لم يكن لهم منعهم من قبائل العرب والناس الذين ... عليهم فيها لهم منعهم منها وليس لهم منع ذلك غير انهم ... يبدون عليها ويرعى كلها ولهم منع فضلها ويدل على هذا قول ابن الماجشون في بئر الماشية يموت صاحبها ان لورثته لا يحوزوها لزوج ولا زوجة اذا لم تكن من ذلك البطن وقد روى ابن سمعان عن رجال من أهل العلم في احياء أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم لهم مثل في مثل المرعى ... ولقاحهم ومرابط خيلهم ويخرج دوابهم وكان سحنون يضعف حديث ابن سمعان هذا وروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال لهم ما تباعد راع بعيرا لا يتبع المرأة ولا يتبع الصوت وقد يحتمل ان يكون لما تقدم من انهم يملكون ذلك ملكا عاما أو يكون الاجتماع به قال عبد الملك اذا كانت معروفة لحي من العرب بانها حقهم فلهم منعها ليكن لهم اياها كالعمري وهو بخلاف حق من يرى أو أحيا أو ورث أو وهبت له وقال سحنون ليس لهم لمانع لهم ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر اللاحق بالجاورة قال سحنون عن ابن وهب ... الا ... كان ... الارض بالاحيا سمع ... مثل ما ... مثل الغابات واسع لي أبو بكر الى جماعة الربذة مرطة بن مالك وكان ما حمى ... أشمال في ... ولم يرد على ذلك عمر بن الخطاب واستعمل عليه مولاه ... وحمى سرف نحوا مما حمى ابا بكر واستعمل ... (مسئلة) وأما ما كان في القرى ومواضع العمارة فلا

يجوز أن يكون لغير معين كمسارح القرى أو لمعين كأرض رجل بعينه فأما ما كان لغير معين وهو من مسارح القرى فهي على ما تقدم من جواز قسمها أو منع ذلك فمن جوز قسمها أجراها مجرى الملك المعين ومن منع اقتسامها أجراها مجرى مسارح الفيافي لا سيما على قول من قال إن أهلها الذين أسلموا عليها أحق بها قال ابن القاسم في المجموعة وأما القرى والأرضون التي عرفها أهلها فلهم منع كلئها عند مالك إن احتاجوا إليه (مسئلة) وأما ما كان في أرض رجل معين فلا يخلو أن يكون محظرا عليه أو غير محظر عليه فأما ما كان محظرا عليه فقد قال عيسى بن دينار في المدنية له منعه وبيعه وما لم يحظر عليه فلا يجوز منعه إلا أن يحتاج إليه لماشيته ودابته وفي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك في الرجل له أرض فيها العشب إن له أن يمنعه إن كان له به حاجة وإلا فليس له ذلك وليخل بين الناس وبينه وله بيع مرعى أرضه سنة بعد أن يطيب ويبلغ أن يرعى ولا يبيعه عامين قال عيسى بن دينار في العتبية سألت ابن القاسم عن قول مالك وكذلك قال ابن حبيب [illegible] قول مالك وإن كانت له أرض [illegible] كلئها إن احتاج إليه وإلا [illegible] أن يرعى وأي [illegible] الذي [illegible] [illegible]

[illegible]

وحدثني عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نقع

أو يسقى عليه وفيه فضل قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك في تفسير نفع بئر أو رهو وهو البئر تكون
بين الشريكين يسقي هذا يوما وهذا يوما وأقل من ذلك وأكثر فيسقي أحدهما فيروي نخله وزرعه
في بعض يومه أو يستغني يومه ذلك عن السقي فيريد صاحبه أن يسقي بمائه في ذلك اليوم ليس له منعه
مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذله وقال مالك وأما أن تكون البئر لأحد الرجلين في حائطه فيحتاج الذي
لا شرك له في البئر إلى أن يسقي حائطه بفضل مائها فليس له ذلك إلا أن تكون بئره تهورت فيقضى له أن
يسقي بفضل ماء جاره إلى أن يصلح بئره ويدخل حينئذ في تفسير الحديث لا يمنع نفع بئر وليس له أن
يؤخر إصلاح بئره اتكالا على فضل ماء جاره قال ابن حبيب وقاله ابن الماجشون وقال لي ابن
عبد الحكم وأصبغ يقول ابن وهب وابن القاسم ورواه عن مالك ومعنى ذلك عندي أن تكون
هذا ... ما فيهم للماء بأن يكون من الماء الذي لا يملك أصله ولا ... فيسقي به الأسفل فالأول في
المعنى ... من السقي ... ذلك كان للآخر أن يسقي به أو يكون لا منعه في ذلك الماء
الإ... فإذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع بها ممن يمنعها وليس
لشريكه أن يقول أنا أؤثر صاحبها على ... عندي أن يكون ... ذلك ...
... [illegible] ... ويحتمل أن ... ما فضل من ماء ... أو ... [illegible]
... الفضل بشروط أحدها أن يكون زرع أو غرس على ... فأما ... البئر أو غارت العين
فأما أن يعرض أو ... [illegible] ... رواه
مطرف عن مالك ... ابن الماجشون وقال ابن عبد الحكم وأصبغ ... قال ابن وهب وابن القاسم
وأشهب ورواه عن مالك ووجهه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يمنع نفع بئر وقد
... يقول ... والرهو ... فضل الماء ... ولا ... يوما ... والرائحة ... العين
... على المراشاء ولذلك كان ... [illegible] ... إلى أن ... الى
... [illegible] ... ولا ... [illegible] ... كان
... ذلك كان ... [illegible] ... أو ... [illegible]
... [illegible] ... المساجد ... [illegible]
... الماء ... فيها ... على ... أولى وليس كذلك ... على ...
فإن لم يكن مضطرا وقد قال الشافعي لا يمنع الجار جاره أن يغرز خشبه في جداره إذا لم يكن عليه في
ذلك ضرر ... ويسقي بذلك عليه فالفضل ... [illegible] ... والله أعلم
(مسئلة) والشرط الثاني أن يخاف ... [illegible]
... فضل ماء جاره ... [illegible]
... [illegible] ... الطعام ... [illegible]
والضرورة ... [illegible] ... والشرط الثالث أن ... [illegible]
... [illegible] ... لم ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible] ... أن ... [illegible]
... كان ... [illegible] ... عن مالك ليس له

أو يستقي بالآن كانت بئره حتى يبلغ وإنما ينظر في هذا الماء إلى قدر ما نزل به وقال مطرف في الواضحة يسقي بذلك إلى أن يصلح ثمره وقاله مالك ووجه ذلك أن هذا إنما أبيح له مع الضرورة التي ذكرناها والذي يترك إصلاح ثمره واسعر حاج مائه غير مضطر وذلك مثل الذي يضطر إلى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتري به لا يباح له أن يقيم ويأكل من مال غيره وإنما يباح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به إلى موضع الوجود مع شروعه في ذلك (فرع) إذا ثبت ذلك فهل يقضى على صاحب فضل الماء أن لا عوض في المزنية عن عيسى لا يقضى عليه بذلك ورواه ابن نافع وابن القاسم به وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك يقضى عليه بذلك بالثمن [illegible] وجه قول عيسى أن هذا [illegible] وكان له [illegible] جاره لم يصلح به حاله كذا [illegible] ووجه قول ابن القاسم الحديث المتقدم قوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع فضل ماء ومعناه على ما تقدم فضل مائه

(فصل) فإذا [illegible] فهل يقضى له [illegible] قال في المزنية [illegible] وذلك [illegible] وحب الحكم [illegible] ضرر [illegible] الماء دون [illegible] ولا [illegible] ما [illegible] (فرع) [illegible]

﴿ القضاء في المرفق ﴾

حدثني يحيى عن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار [illegible]

﴿ القضاء في المرافق ﴾
حدثني يحيى عن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار

ويضر بهم وهو من الضرر الكثير المستدام وما كان بهذه الصفة منع احداثه على من يستضر به

(مسئلة) فاما الرحا فان الذي ينال منها الجيران أمران أحدهما افساد الجدران والثاني صوتها فاما افساد الجدران فان ثبت ان هذه تضر بالجدران بهزها فانه من الضرر الذي يمنع وأما صوتها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الغسال والضراب يؤذي جاره وقع صوتهما انه لا يمنعهما من ذلك فيحتمل رواية ابن القاسم الخلاف في ذلك لانه لم يبين وجه الضرر الذي يمنعه ووجه القول الاول عندي ان ذلك في الصوت الضعيف الذي ليس له كبير مضرة أو يكون في بعض الأوقات ولا يستدام وأما ما كان صوتا شديدا أو يستدام كحوانيت [illegible] أو حوانيت الصفارين [illegible] التي لها الصوت الشديد فانه ضرر يمنع منه والله أعلم ووجه القول الثاني ان ضرر [illegible] في مرتبة فعلق المنع به كضرر الرائحة

(مسئلة) واما [illegible] فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون [illegible] والفرق بينه وبين الصوت على أصلهما ان هذا ضرر دائم ووجب أن يمنع منه كسائر ما [illegible] من الضرر الممنوع

(مسئلة) ومن ذلك [illegible] الرجل [illegible] جاره ما يدخل من الرطوبة والبلل في [illegible] جاره ووجه ذلك انه أحدث على جاره فسادا في ماله فمنع منه كالهدم [illegible]

[illegible]

مضرة أحدثها على جاره في مسكنه فلزمه إزالتها (مسألة) ومن بنى مسجدا على ظهر حوانيت
له وجعل له سطحا يطلع منه على دار رجل فإن باني المسجد يجبر على أن يستر على سطح المسجد ويمنع
الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر ووجه ذلك أن المسجد قد أحدثه الباني ولا يمكن هدمه ولا يمكن
من الإضرار بالرجل فعليه أن يستر عليه لأنه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه في داره (مسألة)
ومن بنى غرفة وفتح فيها أبوابا أو كوى يطلع منها على قاعة لغيره فأراد صاحب القاعة منعه من ذلك فقال
هذا ضرر بي إذا بنيت فقد قال ابن الماجشون ليس له منعه وقال مطرف له منعه قبل أن يبني وبعد
أن يبني ووجه القول الأول أن هذا مما لا مضرة على صاحب القاعة فيه حين ... إنما يعتبر الضرر
حال حدوثه لا ما يؤول إليه بعد ذلك ووجه قول مطرف أن من ... صاحب القاعة أن يبني فيها ...
فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنعه من تلك المنفعة ولا ما يضره فيها (فرع) [illegible]

[illegible]

وتحصيل المنافع لا على وجه الاطلاع والنظر كالو اطلع على سقفه لاصلاحه

(فصل) وهذا كله في الضرورة وأما العام فمثل نصيب الطرق وما جرى مجراه فهذا يمنع منه وأما اخراج العساكر والأجنحة على الحيطان الى طرق المسلمين فقد روى ابن القاسم عن مالك لا بأس بذلك قال ابن القاسم واشترى مالك دارا لها عسكر فقال الا أن يكون جناحا أسفل الجدار بحيث يضر بأهل الطريق فانه يمنع منه وقال أبو حنيفة يمنع منه على كل حال والدليل على ذلك انه منفعة مباحة يختار بها الا مضرة فيها على غيره ولا تضيق لفنائه فلم يمنع من ذلك كضوء السراج وظل الحائط

(مسئلة) ومن بنى بناء ابطل منه على غيره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون من بنى على شرف يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو غلوتين فان كان لا يرى مكانه فقط لم يمنع وان وجد عنه مندوحة وكذلك ان أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه لم يمنع اذا كان ذلك حال ذلك الموضع قبل البناء وان كان اطلاعه على الموردة يطلعه فيمنع بناؤها الى الموردة أو كوة يمنع ذلك ووجه ذلك ان ما كان من خلق البارى تعالى وحال بقعة الارض لم يمنع لانه أمر قد تقادم واستحق واتما يعتبر الحدث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالضرر على ضربين محدث وقديم فأما المحدث فقد تقدم حكمه وأما القديم فقد قال سحنون في ... في حائط رجل لا يعرف القديم وان أضر بجاره وكذلك قال في الافران ... للعطار ... كانت بها حانها ان القديم منها لا يعترض له وقال ابن القاسم في المجموعة من كانت له كوة قديمة ... بجاره لا يمنع من القديم وهذا كله على نص غير ما ذكره عن مطرف وابن الماجشون في ... فانه ... ذلك في الفناء ... في الحائط والله أعلم وأحكم

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين أكتافكم ﴾ ش نهى صلى الله عليه وسلم عن أن يمنع جاره يغرز خشبة في جداره روى في المجموعة ابن نافع عن مالك ان ذلك على وجه المعروف والترغيب في الوصية بالجار ولا يقضى به وقد كان أبو المطلب يقضي به ... وما أراه الا دلالة على المعروف واني منه في شك وروى ابن ... عن مالك هو أمر ... رسول الله صلى الله عليه وسلم ... وقال ابن ... لا ينبغي له أن يمنعه ولا يقضى به عليه وهذا على ما قال الا أن ظاهر الامر عند مالك وأكثر أصحابه الوجوب ولكنه عدل عنه بالدليل وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي هو على الوجوب اذا لم يكن في ذلك ضرر على صاحب الجدار وبه قال أحمد بن حنبل والدليل على ما نقوله ان الجدار ملك موضوعه للمساحة وجارله أن يمنع منافعه كغرز ... كركوب دابته ولباس ثوبه ... وكان أبو هريرة ... يقول هذا الحديث مالي أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين أكتافكم فيحتمل قوله ذلك ان كان يحمله على الوجوب ويحتمل ان كان يحمله على الندب لكنه كان يرى من كان يترك اباحة ذلك لجاره ونسخ ... كان يجري الى ... على ترك الاحتذاء بما ندب النبي صلى الله عليه وسلم اليه ورغب فيه وكذلك اعراض من كان يعرض عنه فيحتمل وجهين أحدهما أن يكون جماعة من علماء الصحابة كانوا يحملونه على الندب ويعرضون عن حمل أبي هريرة له على طاهر الامر من الوجوب وان أخذوا به ... وأنكروا ذلك لمن حاورهم ... فيه الى النبي صلى الله عليه وسلم ... الى ما ندب اليه ويحتمل ان يكون جماعة من التابعين علموا من أبي هريرة انه كان يحمله على الندب والترغيب ويعيب من يتركه ولا يعمل به فيعرضون عما يدعوهم

مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين أكتافكم

اليه ويؤثرون التمسك بالعمل التمسك به ويؤيد هذا التأويل انه لو كان أبوهريرة يرى الزامهم ذلك
لحكم به ووقع الحكام على ترك الحكم به ولم يوبخ الناس على ترك الاباحة لما لزمهم اباحته لان
الحكام لهم اجبارهم . ويحمل عندي على رواية زياد بن عبد الرحمن في القضاء بالغرز في أرض الرجل
لجاره اذا لم يضر به أن يكون في مثل ما مثله فيحمل الحديث على ظاهره والله أعلم وأحكم (فرع)
قال مطرف وابن الماجشون وكل ما طلبه جاره من فتح باب وارفاق بماء أو يحلف في طريق أو فتح
طريق في غير موضعه وشبه ذلك فهو مثل ذلك لا ينبغي في الترغيب أن يمنعه الا انه يرد ولا يمنعه
ولا يحكم به عليه . (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن أباح لجاره أن يغرز خشبه في جداره فقد قال مالك
لا يرجع الا أن يحتاج الى جداره لامر لا بد منه الضرر . وقال ابن القاسم ورواه ابن حبيب عن
مطرف وابن الماجشون عن مالك ليس له أن ينزعها طال الزمان أم قصر احتاج الى جداره أو
استغنى [illegible] أو عاش باع أو ورث [illegible] ابن القاسم ان صاحب [illegible] جداره
[illegible]
[illegible]

أذن فيما له منفعة فكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل أصل ذلك إذا أذن لعبده في التجارة ووجه قول ابن الماجشون أنه إذا أذن له في عمل يلزمه المؤون والنفقة أصل ذلك إذا قال اشتر هذه الدابة وأنا أسلفك ثمنها (فرع) وأما إذا بنى ثم أراد إخراجه فليس له أن يخرجه إلا أن أعطاه قيمة ما أنفق وروى الدمياطي عن ابن القاسم ليس له أن يخرجه وإن أعطاه ما أنفق وقال أصبغ ليس له أن يخرجه وإن أعطاه قيمته قائما وأجازه يحيى بن عمر وقال أشهب في كتبه له إخراجه ويأمره بقلع بنائه أو يعطيه قيمته منقوضا ووجه القول الأول أن العقد غير لازم لأنه أذن في منفعة على ما تقدم ولكنه لما عون وأنفق تعلق حقه بذلك فليس له أن يخرجه إلا أن يجبر عليه ما كان أدى بسببا إلا بالائه ووجه القول الثاني أنه عقد لازم لما قرن بالوعد من الذمة والمؤنة ووجه القول الثالث أنه عقد غير لازم فللآذن أن يرجع فيه متى شاء والمعار مفرط حيث لم يتوثق بضرب الأجل وبهذا احتج أشهب (فرع) وإذا أراد إخراجه إذا دفع إليه حقه ففي نوادر أبي محمد قال في المدونة يدفع إليه ما أنفق وقال في موضع آخر إذا دفع إليه ما أنفق وهذا الذي ثبت في كتابي في المدونة وقال سحنون عن المغيرة وابن كنانة يدفع إليه قيمة بنائه قائما ونحوه قال مطرف وابن الماجشون عن مالك ووجه قوله يدفع إليه ما أنفق أن ذلك الذي [illegible] أذن فيه فكان عليه إذا أراد إخراجه [illegible] ذلك ووجه القول الثاني أنه [illegible] وأما [illegible] ذلك [illegible] ووجه القول الثالث أن البنيان [illegible] بالنفقة والمؤون وهو الذي [illegible] (فرع) فإذا قلنا إن له إخراجه [illegible] الله [illegible] بإعارة [illegible] مقاربان وروى [illegible] أرض [illegible] فلم يعوده [illegible] الأول أن العارية لا تتعدى [illegible] وإنما مضى الإرفاق [illegible] مطرف وابن الماجشون [illegible] ليس له إخراجهما [illegible] يعطيهما قيمته قائما كان [illegible] ذلك أجلا في الماء [illegible] ليس له أن يخرجه قبل [illegible] ووجه ذلك أنه عقد [illegible] لما قرن بالعقد [illegible] ولم [illegible] ولا [illegible] لا يلزمه ذلك ولو قدرها للزمه ذلك إذا [illegible] بعد أو عمل فيه [illegible]

(فصل) وقوله أن يغرز خشبة في جداره هكذا [illegible] كتابي في رواية يحيى بن يحيى وفي كتاب أبي الحسن الدارقطني في اختلاف الموطآت وقال لي أبو عبد الله الصوري سألت أبا محمد عبد الغني عن ذلك فقال لي كل الناس يقولون خشبة على الجمع غير أبي جعفر الطحاوي فإنه قال خشبة على التوحيد والمعنى متقارب والله أعلم وأحكم ص * مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولا وآخرا وهو لا يضرك فقال محمد لا والله فقال عمر والله

* مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر ابن الخطاب محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولا وآخرا وهو لا يضرك فقال محمد لا والله فقال عمر والله

ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك ﴾ ش قوله إن الضحاك ساق خليجا له وهو الماء يختلج من شق النهر والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة وكان بين الخليج وأرض الضحاك أرض لمحمد بن مسلمة فأراد أن يمره فيه فمنعه محمد بن مسلمة فاحتج عليه الضحاك بأن قال له لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولا وآخرا ولا يضرك يحتمل أن يريد الضحاك أن يمره في أرضه بهذا الشرط وهو أن يكون له أن يشرب منه متى شاء ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز لأن مقدار شربه أولا وآخرا مجهول وقد روى ابن سحنون عن أبيه من أعطى رجلا أرض حائط له ويرانه على أن يبنيه الرجل بطوبه ونفقته فإذا تم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ما شاء أن ذلك لا يجوز لأن الحمل ليس إلى أجل معلوم ولا ما يحمل عليه كل واحد منهما معلوم ويحتمل أن يريد [illegible]

[illegible]

ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك

لمن حوز ذلك الضرر وأنكر الشافعي على مالك انه روى حديث عمر بن الخطاب ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ولم يأخذ به وليس كما أنكر فان محمد بن مسلمة ممن خالفه في ذلك وحالف على منعه ذلك ولو اعتقد انه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره على ما قدمناه وجوهاً من موافقة مالك لعمر بن الخطاب في هذا الحكم ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة وانما أقسم عليه لما أقسم محتجاً عليه في الرجوع الى الافضل فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله محتجاً عليه وثقة بانه لا يحنثه فير بقسمه وان كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه اكراماً له وايجاباً للاستماع الى دعائه الى أمر هو أفضل مما ذهب هو اليه في الدين والدنيا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عمر لابن مسلمة والله ليمرن به ولو على بطنك دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الأيمان لانه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد وان كان يمينه على معنى الحكم عليه فان محمد بن مسلمة لا يستجيز منع هذا ولا يحكم عليه بمنعه ويحتمل أن يريد به ولو كنت ممن يخالف حكمي عليك بما أرى انه الحق وحاربت وأدّيت المحاربة الى مالك واجترائك على بطنك لفعلت ذلك في نصرة الحكم بالحق والاول أظهر والله أعلم وأحكم ش ✱ مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه انه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله ✱ ش قوله كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف قال يحيى الربيع الساقية الظاهرة واراد عبد الرحمن أن يحوله من مكانه من الحائط الى مكان هو أقرب الى حائطه فمنعه من ذلك وقال مسلمة لما يحتاج من اصلاحه فقضى عمر بذلك لعبد الرحمن لما منعه صاحب الحائط وقد روى ابن القاسم عن مالك ليس له ذلك ولم أخذ بما روي في ذلك عن عمر وروى يحيى في المدونة عن مالك انه لا يرى له تحويله وان لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر الا ان يرى به وجه قال ابن حبيب وروى زياد بن عبد الرحمن عن مالك ان لم يضر ذلك به فليقض عليه بذلك قال ابن نافع وجدته يرى تحويله وقال يحيى بن دينار يقضي عليه بذلك وروى يحيى عن ابن نافع ووجه القولين على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن بيده صاحب الحائط تحويل ساقيته أو طريق لغيره في أرضه الى موضع هو أرفق به وروى عن مالك في ارض رجل بها طريق ، فأراد أن يحول الطريق الى أرض أخرى هو أرفق به قال ابن القاسم ان كان ذلك لا يضر بالمار لم يمنع منه وقد قال ابن حبيب قال ابن الماجشون ليس له أن يحول طريقاً وان كانت أسهل من الاولى ولا يمنع ذلك من جاوره من أهل القرى لانها طريق لعامة المسلمين فلا أدري ما يحدث منهم الآن يكون الطريق الذي يعرفون بها وقال ابن الماجشون النظر للامام في ذلك ان رأى تحويلها ... أو ... أرفق ... فله أن يأذن في ذلك وان رأى في ذلك ضرراً على أحد منعه وان خرج عن اذن الامام نظر فيه فان رأى ذلك صواباً أمضاه والا رده

✱ حدثني مالك عن عمرو ابن يحيى المازني عن أبيه انه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن ابن عوف أن يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله

﴿ القضاء في قسم الأموال ﴾

ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الديلي انه قال بلغني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام ﴾ ش قوله أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية يحتمل أن يريد به قسمت قسمها في الجاهلية وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا ويحتمل أن يريد بها انه قسمت سهامها في الجاهلية بأن مات ميت فورثه ورثته قبل أن يسلموا فصار لهم سهامهم على أحكام الجاهلية [illegible] صلى الله عليه وسلم [illegible] على ما وقعت عليه ولذلك لا يرد شئ من سهامهم ولا أحكامهم وان كان [illegible] الاسلام الملك الواقع بها

(فصل) وقوله وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم [illegible] التأويل الوجهين [illegible] كان [illegible] الاسلام ولم يقسم [illegible] الاسلام [illegible]

[illegible]

﴿القضاء في قسم الأموال﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن ثور بن زيد الديلي انه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام

اللفظ لاتفاق علماء العصر على ماتقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) واختلف العلماء في القسمة هل هي بيع من البيوع أو غير حق ولاصحابنا مسائل تقتضى كلا القولين ونحن ننبه عليها عند ذكرها ان شاء الله تعالى وقد قال مالك في المدونة ان القسمة بيع من البيوع ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار اليه لأنه ملك حصة صاحبه من الجزء الذي صار اليه بحصته من الجزء الذي أخذه صاحبه وهذه معاوضة ومبايعة محضة ووجه قولنا انها غير حق انه غير موقوف على اختيار المتقاسمين بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة وذلك ينافي البيع فثبت انها غير حق وقد روى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة في ثلاثة اخوة ورثوا ثلاثة أعبد فاقتسموهم فأخذ كل واحد عبدا فأبق عبد أحدهم واعترف عبد الآخر فمات بيده العبد لا يرجع بشيء ولا يرجع عليه بشيء ويرجع الذي استحق في يده العبد على أخيه الذي بقي عنده العبد فيكون له ثلثه وللذي هو بيده ثلثاه قال أشهب في المجموعة فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من يستحق من يده العبد على أخيه الذي مات عنده العبد بثلث قيمته ولكن ليس كالبيع فقد قال سحنون القسم ليس كالبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال القاضي أبو محمد ان القسمة في الاصل على ثلاثة أوجه قسمة مهاياة وهي ان يتهايأ الشريكان فيأخذ هذا دارا يسكنها وهذا دارا يسكنها وهذا أرضا يزرعها وهذا أرضا يزرعها فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أباها لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع بأن أخذ أحد الشريكين دارا على أن يأخذ الآخر دارا أخرى فهذه قسمة جائزة لا نها بيع ومحصولها أن باع أحدهما حصته من احدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى وهو الوجه الثاني والوجه الثالث قسمة قسمة وتعديل وذلك اذا كانت الداران مختلفتي البناء والبستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر فانها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهام وهذا الذي قاله كله فيه نظر وذلك ان الذي ذكره وجدنا المعارفة أن القسمة على ثلاثة أضرب قسمة قرعة بعد تعديل وهي التي يجبر عليها من أبى القسمة فيما ينقسم وقسمة مراضاة ومهاياة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل ولكل واحد من هذه الاضرب أحكام يختص بها (فرع) فأما قسمة القرعة فانها تصح في المماثل أو المتجانس وسنأتي ذكر ذلك وشرحه بعد هذا ولا يصح أن يجمع فيها أنصباء اثنين لغير علة بل يفرد نصيب كل انسان قاله مالك في المدونة ووجه ذلك انها على نهاية المساحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه الى جانب سهم آخر معنى ينافي استقصاء الحقوق (مسئلة) وصفة ذلك أن يقسم العرصة ويحقق على أقل سهام الفريضة فان كان متساويا قسم بالذرع وما اختلف أجزاؤه قسم بالقيمة رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وقال هو قول جميع أصحابنا قال القاضي أبو محمد فربما كان الحد الواحد من أحد طرفي العرصة تعدل حدين من ناحية أخرى وحكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجر تقوم القاسم كل شجرة ان كان ممن يعرف ذلك والا سأل أهل المعرفة بالقيمة ومن يحسن حمل كل شجرة فرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها وأخرى تكثر حملها ولا منظر لها واذا قوم ذلك كله جمع القيمة ثم قسمها على قدر السهام ثم يكتب أسماء الشركاء في رقاع ويجعل في طين أو شمع ثم رمي كل بندقة في جهة من حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلا في تلك الجهة وقيل يكتب الجهات ثم يخرج أول بندقة من الاسماء وأول بندقة من الجهات فيعطى من خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة وهذا الذي ذكره

القاضي أبو محمد وهو قريب مما يقتضيه قول مالك والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسماء في رقاع
وان اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت قال ابن الماجشون فهذه تقسم الأرض على
خمسة أسهم وتضرب بثلاثة أسهم ثم يكتب اسم كل واحد منهم في رقعة وهم ثلاثة قال وقيل تضرب
بخمسة أسهم ثم يكتب اسم كل واحد منهما في رقعتين واسم الأخت في رقعة قال والأول أصوب قال
الشيخ أبو محمد ثم بدأ لأن الضرب إنما خرجت إلى ثلاثة أسهم والضرب بها يكون ضربين لا أكثر
قال ويبدأ ثم يتفق على أن يبدأ بالأحد منها بأي جهة من الجهات فان اختلفوا أقرع على أي الجهات
يبدأ بالأحد منها فأي جهة خرجت عمل على البداءة بها ثم تؤخذ رقعة من تلك الرقاع فمن وجد فيها اسمه
أعطي أول نصيب من تلك الجهة بقدر سهمه فقد استوفى حقه وان كان أقل من حقه أضيف إليه حقه
ولا يسئل لأحد أن يأخذ شيئا متصلا بالسهم الأول حتى يستوفي هذا حقه لئلا يدخل [illegible]
تفريق حصته فإذا استوفى حقه فقد [illegible] حقه وبقي باقي الأرض بين باقي الأشراك فعمل لهم في باقي
الأرض مثل ذلك حتى يستخرج كل ذي حق سهمه وهذا معنى ما في المدونة من قول مالك وابن القاسم
وقال محمد بن عبد الحكم وقد قيل ان صاحب السدس لا يكون إلا في أحد الطرفين والأول أحب
إلي قال الشيخ أبو محمد إنما هذا إذا كانت القسمة بين ابن وزوجة وهذا الذي أنكره أبو محمد وقد يكون
مع الجماعة أيضا إذا كانوا أهل سهم كالعصبة وقد قال مالك في المجموعة في قسم الأرض بين الزوجة
والعصبة تضرب لها في أحد الطرفين قال ابن القاسم كان العصبة واحدا أو جماعة قال ابن حبيب
لأن العصبة كأهل سهم واحد وقال المغيرة في الزوجة مع العصبة إنها تعطى حيث خرج سهمها في طرف
أو غيره قال ابن الماجشون وبهذا أقول فتبين بهذا أن الاختلاف الذي أنكره الشيخ أبو محمد
هو اختلاف من قول أصحابنا [illegible] فإن الموضع الذي [illegible] الاختلاف
وإثبات الخلاف فاذكرنا الاختلاف أصحابنا في [illegible]
ذكره في [illegible] جعلهم أهل سهم جمع سهامهم في القرعة وأفرد [illegible] لم
تجعلهم أهل سهم لم تجعل سهامهم إلا [illegible] القرعة [illegible] والله أعلم (فرع)
إذا [illegible] ذلك فإن [illegible] أو [illegible] كان [illegible] في حصته
المطالبة بها إلا [illegible] فإن [illegible] في ذلك [illegible]
(فصل) وأما [illegible]
اختلافهما من كان له [illegible]
وان كانت الأرض متساوية [illegible] وان كانت [illegible]
لكل واحد [illegible] وسواء كان ذلك [illegible]
فإن ذلك كله [illegible]
لما قدمناه
(فصل) و[illegible]
[illegible]
ولا [illegible]
[illegible] ما كان له [illegible]
فالضرب [illegible] والله

أعلم وأحكم (مسئلة) أجرة القسام على عدد الرؤس عند مالك وقال أصبغ على قدر الانصباء وبه
قال الشافعي وجه القول الأول ان اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بل ربما أثر قليل
الانصباء زيادة في العمل وذلك انه لو كان لثلاثة أشراك أرض لأحدهم نصفها وللآخر ثلاثة أثمانها
وللثالث ثمنها لأثر القليل لصغره زيادة في العمل ولاحتاج بسببه أن يقسم الارض كلها أثمانا ولو
انقسمت على النصف بأن تكون لاثنين لكل واحد منهما نصفها لكان العمل والقسمة فيها أقل
فاذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كثيره بطل أن يجب على صاحب الجزء الكثير ولم
يؤثر الاعمال يسيرا أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير وقد أثر عملا كثيرا فوجب اطراح ذلك
والاعتبار بعدد الرؤس ووجه القول الثاني أن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر لانه يقسم أثمانا
أو بعضه وصاحب الثمن لا يقسم له الا جزء واحد وكذلك الجزء الكثير يحتاج من العمل والذرع الى
أكثر مما يحتاج اليه الجزء الصغير وبحسب ذلك يجب أن تكون الاجرة لانها عوض عن العمل
وقول أصبغ أظهر لاسيما اذا كانت القسمة بالقرعة والسهام وأما اذا كانت قسمة مراضاة دون
تقويم ولا تعديل فالعمل متقارب فهي الى أن يكون الى عدد الرؤس أقرب والله أعلم وأحكم ولو طلب
جميعهم القسمة الا واحدا منهم أبى ذلك أجبر عليها فقد قال مالك على الآبي والطالب أجرة القسام على
السواء (مسئلة) واذا شهد القاسم في القسمة فقد قال مالك لا تجوز شهادة القاسم قال ابن سحنون
عن أبيه سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره لانه شهد على فعل نفسه وقال ابن الماجشون ان كان
القاضي أمره بالقسمة وأنفذه فيها فشهادته وحده في ذلك جائزة اذا ذكر القاضي اليوم انه أمره
بذلك وكذلك العامل والمحلف والكاتب والناظر الى العيب وكل ما لا يباشره القاضي قال ابن حبيب
وان لم يكن هذا القاضي هو أمر القاسم وانما أمره من قد درج من الحكام أو قوم تراضوا به في
القسمة فلا تجوز في ذلك شهادة القاسم أصلا ولابد من شهادة اثنين سواه وكذلك من تقدم ذكره
قال ابن الماجشون لان فعل المأمور في ذلك كفعل الآمر من قاض أو غيره من قوم وقال ابن حبيب
هو تفسير قول مالك قال ابن حبيب وليس بمعنى الشهادة بل هو بمعنى المعونة وهذا الذي قاله ابن
حبيب فيه نظر لان القسمة تصح من غير القاضي وانما يستنيب القاضي فيما يختص به من الاحكام
كالاعذار الى من شهد عليه عنده ونحوه والله أعلم وأحكم

(فصل) وعاد الكلام الى ما قاله القاضي أبو محمد أول قوله ان أحد أنواع القسمة قسمة المهايأة وهو
أن يسكن أحد الشريكين دارا والآخر دارا أخرى أو يزرع أحدهما أرضا ويزرع الآخر أرضا أخرى
وهذا غير داخل فيما ذكرناه من قسمة الرقاب وانما هو من قسمة المنافع وقد ذكر قسمة الرقاب على
ثلاثة أضرب وأما قسمة المنافع فانها على ضربين أحدهما أن تهايآ بالازمان والثاني أن تهايآ
بالأعيان فأما التهايؤ بالازمان فعلى ضربين أحدهما أن يقول لا يستخدم أحدنا العبد يوما ويستخدمه
الآخر يوما ويزرع أحدنا الأرض عاما ويزرعها الآخر عاما والضرب الثاني أن يقول لك غلته يوم
ولي غلته يوم آخر فأما التهايؤ على أن تكون غلته يوما لاحدهما ويوما للآخر ففي كتاب محمد لا يجوز
ذلك في الدابة والعبد وان كان ذلك يوما واحدا قال محمد وقد سهل مالك في اليوم الواحد وكرهه
في أكثر منه وأجازه في الخدمة ووجه المنع ما فيه من المخاطرة لجواز أن تكون غلته في يوم أحدهما
أكثر منها في يوم الآخر مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل ووجه الاباحة أن
الغرر في ذلك قليل لقصر المدة وتقارب تساوي غلتها في ذلك في غالب الحال ويحتمل أن يكون

المنافع فيستعمل أن القسمة تمييز ورواية الاباحة على أنها تمييز حق (مسئلة) وأما في الخدمة وهو قوله يخدم هذا اليوم ويخدم ذلك غدا فاتفقوا على تجويزه في الأيام اليسيرة فقال ابن المواز انما يجوز في مثل خمسة أيام فأقل وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يجوز في الشهر قال ابن القاسم وأكثر من الشهر فلا (فرق) والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة لكل واحد منهما أن يستعمله في مثل ما يستعمله فيه الآخر في مدته وذلك انه أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاؤه وأما الغلة فمجهولة وقد يتعذر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه فاذا طالت المدة كثرت المخاطرة (مسئلة) وأما الدور والارضون فقد قال ابن القاسم في المجموعة ان التهايؤ يجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككرائها ووجه ذلك أنها مأمونة الا أنه ان كان التهايؤ في أرض المزارعة فلا يجوز الا أن تكون مأمونة

(فصل) فأما التهايؤ بالاعيان فان يسكن هذا عبدا ويستخدم هذا آخر ويزرع هذا أرضا ويزرع صاحبه أخرى ففي المجموعة عن ابن القاسم يجوز هذا في سكنى الدور وزراعة الأرضين ولا يجوز في الغلة والكراء ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وقوله لان قسمة المنافع ليست قسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع أيضا فيه نظر لانه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل الاول وللخصم أن يعكس هذه القضية بغير دليل واذا احتج به فيحتاج الى أن يجعل قسمة المراضاة قسمة بيع وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك والله أعلم وأحكم

(فصل) ونص قوله اسقاط قسمة المراضاة بالتقويم والتعديل واعادة ذكر التقويم في قسمة القرعة وقسمة المراضاة على التقويم والتعديل قسمة جائزة وأكثر ما يقسم به الناس والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليست قسمة المهاياة في المنافع واجبة يجبر عليها من أباها ولا ... علم فان قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضا أحد وانما يجبر على قسمة القرعة خاصة اذا ... طلب وان المحاسبين في الواضحة الى أنه لا تنبغي في حق الصغار ... الا ان كانت الارض مستوية في كرمها أو لؤمها ... بالقيمة وان ... راضوا ... كان على قسمها بالتحري والمراضاة ... السواء أو المفاضلة على غير قيمة ولا ... فانه أصح فشرطوا في جوازه ... كون المقاسمين أكابر وقد صرح بعض المتأخرين ... القرعة وهو الذي يقتضيه النظر الا أن تكون في قسمة المراضاة ... جائز كالبيع عليهم والله أعلم وأحكم ص ❊ قال يحيى سمعت مالكا يقول ... أموالا بالعالية والسافلة ان البعل لا يقسم مع النضح الا أن يرضى أهله بذلك وأن البعل ... مع العين اذا كان يشبهها وان الأموال اذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب فانه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة ❊ ش وهذا على حسب ما قال ان ... أموالا بالعالية والسافلة وهما جهتان بالمدينة وأشار بالاموال الى الأرضين و... كان ... المال واقعا على كل ما يتمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك الا أن ... كان في ذلك الزمان اطلاق اسم الاموال على الأرض وما فيها من العمل والا ... ان البعل لا يقسم مع النضح وقد تقدم ذكر البعل والنضح في كتاب الزكاة فجعل ... والبعل ... في القسمة ... قسمة القرعة التي تكون بالجبر ولا اختلاف في ذلك ولذلك قال ... الا أن يرضى

❊ قال يحيى وسمعت مالكا يقول فمن هلك وترك أموالا بالعالية والسافلة ان البعل لا يقسم مع النضح الا أن يرضى أهله بذلك وان البعل يقسم مع العين اذا كان يشبهها وان الأموال اذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب فانه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه المنزلة

أهله بذلك وهذا اللفظ يحتمل وجهين أحدهما الا برضا أهله بذلك فيقسم بينهما بالقرعة وانما بقى مالك في موطئه القسمة على هذا التأويل اذا أبى ذلك أحدهما ويثبت الخيار اذا اتفقا على المراضاة بذلك وفى المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في زيتونة ونخلة بين رجلين لا يقتسمانهما بينهما الا أن يتراضيا ويعتدلا في القسم بزيد بالقيمة قال سحنون ترك ابن القاسم قوله وهو لا يجمع بين صنفين مختلفين وان تراضيا فقولهما الا أن يعتدلا بالقيمة دليل على انه أراد القسمة بالقرعة لانه لا خلاف أن لهما أن يأخذ أحدهما النخلة والآخر الزيتونة من غير قرعة وهذا نص عن سحنون في جمع المختلفين في قسم القرعة اذا تراضى بذلك المتقاسمان وامتناع منه اذا أباه أحدهما وذكر سحنون عن ابن القاسم ان قوله المعروف انه لا يجوز ذلك وان تراضيا وقال ابن عبدوس عن أشهب ان الشركاء اذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز وخالفه أصحابنا فعلى قول أشهب ومن وافقه يكون معنى قوله الا أن يرضى أهله بذلك يريد انه ان رضي أهله بذلك جاز فيه قسمة القرعة وعلى قول ابن القاسم المشهور يكون معناه الا أن يرضى أهله بذلك انه لا يجوز هذه القسمة بالقرعة الا أن يرضى أهله بذلك فيقتسموه بمراضاة دون قرعة (مسئلة) ومنع في قوله أن يجمع بين النخل والنضح وجوز أن يقسم النخل مع العين يريد ما يسقى بالعين من غير نضح وهو السيح لانهما يزكى بالعشر والنضح يخالف لهما في ذلك فانه مما يزكى بنصف العشر وقد روى في المجموعة ابن وهب عن مالك نحوه وكذلك قال انه يجمع في القسم الاموال التي بأرض واحدة يريد أن يكون متقاربة الأماكن دون ما تباعد منها قال والمساكن والدور بهذه المنزلة يريد انه يراعى فيها تقارب الاماكن وتفسير ذلك ان كل ما ينقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والارحى والاشجار على اختلاف أنواعها وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والثياب والعروض على اختلاف أنواعها فأما الاصول الثابتة فاذا كانت كثيرة ذات أنواع وكان كل نوع منها يحتمل القسمة فأراد بعض الشركاء أن يجمع له حصته من جميعها في موضع واحد وأراد بعضهم أن يعطى حصته من كل موضع فان مذهب مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء في موضع منها بشروط تفسيرها بعد هذا ان شاء الله وقال أبو حنيفة والشافعي يقسم لكل انسان نصيبه من كل دار أو من كل أرض والدليل على ما نقوله ان القسمة على العدد مع اتفاق المنافع والاماكن أعود بالمنفعة وأبعد من المضرة لانه اذا قسم كل دار وكل أرض قلت فيها وفسد كثير من منافعها ولذلك أثبتت الشفعة في الاملاك وذلك مما يمنع فيها ومن الأمر البين من حصلت له دار بكمالها أفضل من أن يحصل له من أربع دور من كل دار ربعها فكان ما قلناه أولى

(فصل) وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد وأكثر أصحابنا على الاطلاق وقال ابن عبدوس عن أشهب في أمر حصة بين قوم أراد بعضهم أن يعطى حصته من كل أرض وقال بعضهم يجمع لي نصيبي ان كانت في خط واحد وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته في مكان وان دخله على أرض واحدة أحد من أخرى تمام حقه فاذا استوفيت انصباء الذين أرادوا الجمع قسم للذين أرادوا التفرق على ما تراضوا به قال ابن عبدوس يجعل سهام الذين يريدون التفرق بينهم واحدا وسهام الذين يريدون الجمع بينهم ثم يقرع فان خرج سهم من يريد التفرقة جمع السهام في حقوقهم وصار كذي رجل واحد وحيثما خرج سهم أحد ممن يريد الجمع أخذه ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة كل أرض على حدتها وقال أشهب وان تباعدت الارض ليست في خط قسم الذين أرادوا التفرقة

أنصباؤهم في كل أرض ثم يقسم الذين أرادوا الجمع على ما تراضوا عليه من الجمع قال ابن عبدوس فيجعل
سهم من أراد الجمع فيها سهماً شيئاً واحداً يسهم لهم في كل أرض ويجمع سهامهم فيها وأعطي من أراد
التفرقة نصيبه من كل أرض حيث وقع قال ابن عبدوس وليس هذا أصل مالك وأصحابه لأنه لا يجمع
عندهم حظ اثنين في القسم وهذا أيضاً على ما ذهب إليه أشهب أن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين
المختلفين بالقرعة جاز ذلك وخالف فيه أصحابه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالمراعى فيما يلزم به الجمع شرطان
أحدهما تقارب المنافع وتجانسها والثاني تقارب المواضع فإن انخرم من هذين الشرطين أحدهما لم
يلزم الجمع وفي العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في الأرضين إذا تقاربت وبعضها بعل
وبعضها سيح لم يجمع وإن تباعدت وكانت كلها تسقى بعلاً أو سيحاً لم يجمع وإن تقاربت سقيها كلها
سيحاً أو بعلاً جمع (فرع) إذا ثبت مراعاة هذين الشرطين فقد قال في الأصل إن البعل يقسم مع
العين وهو المشهور من المذهب وروى أشهب وابن وهب عن مالك في المجموعة لا يقسم مع السقي وإن
تقاربت الحوائط وقال ابن حبيب لا يضم ما يسقى بعلاً أو سيحاً مع الآخر في القسم ولا السيح مع
السيح لاختلاف المؤن (مسئلة) وأما الأرض البكرية والثمنة فقد قال ابن الماجشون في
المجموعة إذا كانت الأرض في كرمها واشتبهت الحوائط جمعت في القسم إن تقاربت مواضعها وقال
ابن القاسم في المدونة إن اختلفت العيون في سقيها الأرض واختلفت الأرض في كرمها قسمت كل
أرض مع عيونها على حدة قال سحنون أنصاف المجموعة وأما الأرضون في خط [illegible] يجمع وإن تقاربت
في الكرم قال سحنون وابن القاسم لا يجمعها وقال عيسى إن كانت الأرض البكرية تحتمل
القسمة والأرض الثمنة تحتمل القسمة قسمت البكرية على حدة والثمنة على حدة وجه رواية المنع
أن اختلاف المنافع في الجنس الواحد [illegible] يقتضي اختلافها في الجنس [illegible] النبات [illegible]
في البيع إلى أجل وقول ابن القاسم في الدور خلاف قوله في النبات وله [illegible] قد قال في
المسئلة بقولين والله أعلم وأحكم وجه الجواز أن المراعى في القسمة [illegible] دون [illegible]
تجمع ثياب الخز [illegible] ورفيعها مع القراء وثياب الكتان [illegible] ورفيعها [illegible] أن يكون
رواية المنع مطردة على قول أشهب في الثياب ورواية الإجازة على قول ابن القاسم (مسئلة) وأما
الأشجار فقد روى أشهب عن مالك في الحائط [illegible] في أحد [illegible]
[illegible] في القسم ولم يراع [illegible] ولا
[illegible] أن يراعى [illegible] الشجر [illegible] الله تعالى [illegible]
النخل [illegible] في الحائط كالبرني والصيحاني واللون [illegible] على [illegible]
لكل واحد حظه في موضع من الحائط ولا يلتفت إلى ما صار لكل واحد [illegible]
في الجنس الواحد [illegible] وأما [illegible] في المجموعة [illegible]
ورمان [illegible] في حائط واحد [illegible]
والسهم قال [illegible] السهم وأما [illegible]
في المدونة [illegible] كل شيء [illegible] على حدة [illegible]
[illegible] فعلى هذا [illegible] قبل أن [illegible]
[illegible] كل نوع [illegible] كالنخل منها [illegible]
[illegible] أنواع [illegible] في القسمة [illegible]

القسم الاول هو الذي قال فيه سحنون لما أورده مطلقا من هذا التقييد انه استحسان وهو مطرد على قول ابن القاسم في جمعه غليظ الثياب ورقيقها والمراعم القمص وضرب لا يجمع بوجه كالحلي مع الثياب والنعل مع المصحف وأما تفاصل الأشجار في أنفسها فقد حكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجران كان بعضها أفضل من بعض والارض بعضها أكرم من بعض جمعت في القسم الأأن يأتي من ذلك أمر بين وقال ابن حبيب مثله (مسئلة) وأما الدور فان تفاصل بالبنيان أو رغبة الناس في المواضع والزهد فيها فأما البنيان فقد قال سحنون في كتاب ابنه ان كان احدى الدارين قاعة لم يجمعها في القسمة وان كان بناء احدى الدارين أحسن من بناء الاخرى جمع في القسم اذا كانت في خط واحد وهو قول عبد الملك بن الماجشون في المجموعة اذا اشتبهت الدور في بنائها وتقاربت جمعن في القسم وهي عندي مجموع قولها من اعاة فصلين أحدهما ان كانت احدى الدارين عارية من البنيان أو خربة في حكم العارية لم يجمع مع المبنية والفصل الثاني أن يكون بناؤهما متباينا فيقتضي قول ابن الماجشون على ما عهد من مقاصده انهما لا يجمعان وهو عندي طرد قول أشهب في أن ما كان من الثياب في البيع حسانا مختلفان انه لا يجمع في القسم وما كان في البيع حسنا واحدا فانه يجمع في القسم وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجر والارض جمع في القسم و بعضها أفضل من بعض الا أن يتباين فيجب على قوله أن يجمع المتفاضل في البنيان في القسم الا أن يتباين فلا يجمع والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما الاماكن فقد قال اشهب في المجموعة اذا كانت الدار في خط واحد جمعت في القسم وان كان بعضها أعمر من بعض كالارضين في خط واحد وبعضها أكرم من بعض قال سحنون وليست الدور كالارضين فقد تكون الدور في خط ونفاقها مختلف ومن داري الى الجامع خط واحد وهو متباين الاختلاف فثبت الاختلاف بين أشهب وسحنون في الخط الواحد ويجب أن يحقق معنى الخط ثم يبين وجه الاختلاف وذلك أن الخط يستعمل كثيرا بمعنى التقارب في الصفة فيقال هذه الثياب خط واحد وهؤلاء القوم من خط بمعنى التقارب في الصفات والاحوال الا انه لا يصلح أن يريد به في هذا الموضع التقارب في الصفة بمعنى ذلك ينافي كلامهما ويحتمل أن يريد بالخط المحلة الواحدة والربض الواحد ويحتمل أن يريد به التقارب في المكان فقد جعل أشهب ذلك شرطا في صحة الجمع ومنع منه سحنون الا ان يضم الى ذلك صفة أخرى وهي التقارب في رغبة الناس فقد يكون أحد طرفي المحلة أو الموضع الذي يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من مرفق من المرافق جامع أو مسجد أو سوق أو غير ذلك فعند ان أشهب جواز الجمع بين ما تقاربت مواضعه وان كان بعض أماكنها أفضل من بعض كما جوز جمع الارض المتقاربة وان كان بعضها أكرم من بعض فكان يجب على قوله في الثياب أن يعم من ذلك الا في التفاضل اليسير الذي لا يختلف فيه المنافع اختلافا بينا وقال ابن حبيب قد تكون بعض الدور قرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والاخرى بعيدة من ذلك فلا يجمع بينهما الا بتراض بعضهم ببعض الوجوه المراضاة في تفصيل الاماكن ولم يذكر ان ذلك في خط واحد وأناط مساعدة وقال ابن القاسم في المجموعة ما كان حول المسجد من الدور فهو الذي يتشاح الناس فيه و بعضه [illegible] الى بعض وفي المجموعة لابن القاسم اذا كانت احدى الدارين في ناحية من المدينة والدار الاخرى في ناحية أخرى بعيدة من الاولى الا أن رغبة الناس في الموضعين سواء فانهما يجمعان في القسم لان الدارين سواء

في الموضع والنفاق فلا يلتفت الى افتراقهما فذهب الى ان المراعى في الأماكن تساويهما في رغبة
الناس وان تباعدت وفرق بين الدور والأرضين ان البلد الواحد لا تختلف اغراض الناس فيه مع
تساوي الموضعين في النفاق والمرافق وتختلف في البلدين فتلخص من هذا ان أشهب يراعي في
الأماكن تقارب الدور في الخط ويراعي سحنون القرب والتساوي في النفاق ويراعي ابن القاسم
التساوي في النفاق خاصة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب وسحنون في مراعاة
القرب فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة اذا تباعد ما بين الدارين مثل ميل في هذا وميل آخر
بالثنية لم يجمع في القسم بخلاف النخل والحوائط
(فصل) وأما البعد في الأرضين قال ابن القاسم ان كانت القرى متباعدة اليوم واليومين قسمت
كل قرية منفردة وان تساوت رغبة الناس فيها * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا كله عندي يعتبر
بما يرى من البعد والقرب ويؤدي اليه الاجتهاد وانما ذكر بما ذكر بانه تقريب يؤدي به المجتهد على ما يريده
من النظر والاجتهاد وقد قال ابن الماجشون في المجموعة ليس للقرب حد الا بقدر ما يرى يوم يجمع
(مسئلة) وأما الأشجار فان ابن حبيب يجمع النخل كله اذا تجاور في الموضع كالميل والميلين وقال
في العتبية والمجموعة عن مالك في املاك بين ورثة منها بوادي القرى وبخيبر وبالفرع ان من كان
منها بوادي القرى وبخيبر جمع في القسم ويجمع ما كان بالفرع الى ما كان بناحيتها قال عنه أشهب
بخلاف الدور وقد قال عن مالك في المدونة في الحوائط المتباعدة بينها اليوم واليومان ان كل شيء من
ذلك يعتبر بالقسمة قال عنه أشهب ولا يجمع حوائط المدينة مع حوائط خيبر وقال في كتاب الصلاة
بينهما ثمانية وأربعون ميلا
(فصل) وأما الماجل والحمام والبيت الصغير فقد قال مالك لا يقسم الحمام وغيره مما في قسمته ضرر
قال عبد الملك في المجموعة لم أعلم أحدا من أصحابنا وافق مالكا على قسمة الحمام ولا يقسم من شيء من
ذلك قال ابن حبيب وهو قول أبي حنيفة وبه قال [illegible] أصحاب مالك الا ابن كنانة قال
ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب سواء ضاق القسم عن جميعهم أو عن بعضهم وان كان أصغر من
حظه انتفاع في وجه من وجوه المنافع وان قل مع الاضرار فيه فالقسم قائم قال ابن حبيب ورواه
أصبغ عن ابن القاسم قال مطرف والذي آخذ به ان كان لبعضهم في ذلك ما ينتفع به [illegible]
لا ينتفع بالصغير سهمه فيقسم بينهما كما قال مالك وان كان لا ينتفع واحد منهم [illegible] أولى
بالصواب واحتج مالك لقوله بقوله تعالى مما قل منه أو كثر نصيبا [illegible]
أصحابنا معنى الآية ثبوت حقه ثم يقسم على السنة كالعبد الواحد [illegible] كل [illegible]
دون بينه واحتج ابن القاسم بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار [illegible]
أنا نحتاج الى تأمل فقد ذكر في الاستيعاب (فرع) اذا ثبت ذلك [illegible]
الحمام ولا الفرن ولا الرحا ولا البئر ولا العين ولا الساقية ولا ما كان [illegible]
وفي المجموعة يقسم الجدار ان لم يكن فيه ضرر وان كان باحتملا [illegible]
ما تقدم وعلى الجر [illegible] ذلك على السهو [illegible]
القسمة مثل الدار الى يقسم ويكون [illegible] لكل واحدة منهم [illegible]
لانه لا يمكن أن يبني نصيب كل واحد منهم [illegible]
مع ذلك أن لا يذهب القسمة [illegible] وان [illegible] على حكم [illegible]
وسائر أصحابنا فقد تقدم ذكره

(فصل) وأما ما ليس من الاصول الثابتة كالحيوان والعروض فان منه ما يقسم دون ضرر ومنه ما لا ينقسم الا بضرر فاما ما ينقسم دون ضرر فكجماعة العبيد والدواب والثياب فاما العبيد فانه يجمع في القسم ذكورهم واناثهم صغارهم وكبارهم وأعجمهم وفصيحهم وحسنهم وقبيحهم زاد ابن القاسم والهدم وان تفاوتت أثمانهم اذا اعتدلت في القيمة قاله ابن حبيب قال روى ابن القاسم عن مالك في الرقيق المشترك الجماعة فأراد بعضهم قسمه ان استطيع أن يقسم قسم والا بيع فان كان من جماعة الرقيق ما لا ينقسم كالجسد من العشرة لم تقسم قال ابن حبيب ولا يجمع في القسم الخيل مع البغال ولا البغال مع الحمر ولا الابل مع البقر ولا البقر مع الغنم وان اعتدلت القيم ولكن يقسم كل نوع على حدته قال ابن القاسم في المدونة والبراذين تقسم على حدة ويقسم بالتراضي وقال يحيى ابن يحيى في العتبية عن ابن الماجشون انه لا يقسم شئ من الحيوان والعروض بالقرعة ولكن يباع ذلك ويقسم ثمنه قال الشيخ أبو محمد والذي روى عنه ابن حبيب خلاف هذا وجه القول الاول انه مما يصح فيه القسمة والمساواة بالقسمة كالأرضين ووجه القول الثاني ان ما لا يقسم آحاده فلا يقسم جماعته والأول أظهر في المذهب (مسئلة) وأما الثياب فقد قال ابن حبيب ذهب ابن القاسم الى ان البز كله من الخز والحرير قال يعني المدونة والديباج قال ابن حبيب يعني القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء كلها جنس واحد في القسمة قال في المدونة اذا كان كل صنف لا يحمل أن يفرد بالقسمة وأما البسط والوسائد فلا يجمع مع البز والثياب وعندي ان ظاهر هذا أن الفراء من جملة البز وان هذا الاسم يقع على كل ما يلبس من مخيط أو غيره الا ان المرئي يقتضي الحمل على الجسد وعلى هذا يجب أن يدخل في البز الاكسية والملاحف لانها تلبس على هذا الوجه ويدل ذلك من البز من غير الاجناس وهي عنده علة الجمع في القسم قال ابن حبيب وقاله مطرف وابن الماجشون لا يقسم ثياب الخز والحرير مع ثياب القطن والكتان ولا مع الفراء ولا يقسم الصوف والمرعزى مع ما ذكرناه قال ابن حبيب وثياب القطن والكتان صنف واحد في القسمة وان كان فيه اصناف وأرديه وعمائم زاد ابن القاسم في المدونة وسراويلات وثياب الحرير والخز من الوشي وغيره صنف واحد الا ما كان من وشي يرى في المدونة والله أعلم وشي القطن والكتان فلا يقسم مع وشي الخز والحرير ولكن يقسم وحده قال وثياب الديباج صنف لا يقسم مع ثياب الخز والحرير وثياب الصوف والمرعزى صنف وان كان فيها جبب وثياب وفراء الخز فان صنف لا يضم الى فراء الثعالب وقال أشهب في المجموعة كل ما يجوز من هذا أن يباع واحد باثنين الى أجل ولا يضم له في القسم لانها أصناف وكل ما لا يجوز ذلك فيه فهو صنف واحد يجمع في القسم قال أشهب ولو جمع ما يجمع ما يجمع على ما تقدم فقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الحمر والابل فان ابن القاسم روى ما قال أشهب في ما أصبغ يستحسن ويشبه انه لا يرمه على هذا فيه الرتبة والحيل لانا لا نسلم في شئ من ذلك رأسا والله أعلم وأحكم وقال أشهب في المجموعة لا يجمع في القسم اللؤلؤ مع الياقوت ولا الزبرجد مع الياقوت (مسئلة) وأما ما كان من الطعام فلا يخلو أن يكون مما يجري فيه الربا أو مما لا يجري فيه الربا فان كان لا يجري فيه الربا فلا يخلو أن يكون جزافا أو مكيلا او موزونا فان كان جزافا وكان مما يدعو اليه حاجة في ذلك حزره حاجة فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة وابن وهب في المجموعة والعتبية عن مالك انه يجوز ذلك بشروط ان يكون على تعجيلهما اما أن يختلف حاجتهم الى ذلك بأن يريد بعضهم

بيعا ويعضهم أن يأكل رطبا وبعضهم أن ييبس وأما ان أراد أحدهما بيعه والآخر أكله فقد جوز ذلك ابن القاسم في البلح الكبير وأنكره سحنون ولم ير اختلاف حاجة لان الذي يبيع بعد وقد اجتمعا على الجداد لان تركه يبطل القسم وهذا الذي قاله سحنون فيه نظر لان مالكا جوز قسمته من غير حاجة لمن أراد أن يعجل الجد فيعجل ومن أراد أن يؤخره أخر ولو كان على الجد لما قسم الا بالكيل ولذلك قال ابن عبدوس لا تجوز قسمته اذا أثمر وقال في المدونة ولو اقتسماه بعدما أزهى حين اختلفت حاجتهما فتركاه حتى أثمر لم تنتقض القسمة وقال في موضع آخر منها لان قسمة ذلك بالخرص عند اختلاف الحاجة فقط والخرص هو الكيل وليس كل من أراد أن يبيع يجد من يباشر بيعه بل يبيع حصته من حائطه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويتناوله وكذلك من أراد أن يأكل لا يمكنه جده الا بحسب حاجته الى أكله وذلك لا يقدر الا بحسب ما يدعو اليه عند الحاجة

(فرع) وروى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة ان ذلك انما يكون اذا طاب وحل بيعه قال ابن القاسم في المدونة فان لم يطب النخل والعنب لم يقسم بينهم بالخرص قال ولا يقسم النخل على حال الا أن يجداه أو يترك حتى يطيب فيقتسمانه وقال ابن القاسم في المدونة قاله ابن نافع وأشهب في المجموعة ولهم قسم البلح الأرض الكبير على الخرص وان لم يجد أحدهم الا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة أو أكثر ما لم يترك البلح حتى يزهى فينقض القسمة لانه من بيع الثمرة قبل بدو صلاحه فمعنى هذا ان معه قسمة البلح على الاطلاق وانما هو لمن أراد أن يقسمه حتى يزهى (فرع) والشرط الثالث أن يكون مما يخرص وهو النخل والعنب فلم يجوز ابن القاسم ذلك في [illegible] غيرهما وقال لا يقسم الفاكهة بالخرص وان احتاج اليها أهلها وانما ذلك في النخل والعنب وقد ذكر في بعض أصحابنا ان مالكا رخص فيه فسألته عنه فقال لا أرى ذلك وروى أشهب عن مالك في [illegible] ولا [illegible] في النخل والعنب والتين وغير ذلك وجه القول الاول انا نعتبر ما يخرص في الخرص فوجب أن يختص بالنخل والعنب كالزكاة ووجه القول الثاني ان الحاجة في الزكاة الى الخرص انما [illegible] جرت العادة بأكله رطبا فخرص عليهم لتقدير [illegible] الزكاة في التمر وتسليم [illegible] تختص بالنخل والعنب فيه [illegible] الزكاة [illegible] والمشهور من قول مالك [illegible] الفواكه سائر الثمار كالحاجة اليها في النخل والعنب [illegible] بعده (فرع) والشرط الرابع أن يكون [illegible] الكثير جدا لانا نمنع التحلل ولا [illegible] (فرع) والشرط الخامس أن لا يختلف في أحدهما بسرا والآخر رطبا وان كان [illegible] لا [illegible] الرطب ويقسمان التمر قاله أشهب في المجموعة ووجه المنع [illegible] بالرطب لاختلاف صفتهما وتعذر معرفة تساويهما [illegible] (فرع) والشرط السادس أن يجري تساوي الكيل في الكيل وان كان بعض [illegible] بعض كالبرني والصيحاني والعجوة والعنب الأحمر والأسود فانه يجمع [illegible] قال أبي ذلك أن يقسم كل نوع مفرد قاله مالك [illegible] القسمة فذلك له * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وسيدي [illegible] طاهر قول أصحابنا [illegible] وأما [illegible] فص باجر (مسئله) قال [illegible] الاصول [illegible] لو أن [illegible] كانت

الثمرة بلحاً أو طلعاً فقد قال أشهب إنه يجوز أن يقسم ذلك مع النخل ما لم يطلع أن يكون طلعاً أو
يكون بلحاً حلواً فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه * قال القاضي أبو الوليد وعندي أن منعه قسمها مع
الطلع لأنه لا يجوز قسمها دون الطلع لأنها ثمرة لم تؤبر ولا يجوز قسمها مع الطلع لأنه مأكول مما
يجري فيه الربا وقال ابن القاسم تقسم الرقاب وتترك البلح والطلع وأنكر سحنون ذكر الطلع
وقال إذا لم يؤبر لم تجز قسمته (مسئلة) وأما ما ليس له أصل ثابت كالزرع والبقول فإنه لا يقسم
شيء من ذلك بالخرص حتى يجد قال ابن حبيب كل ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام فلا يقسم
بالتحري لا زرعاً ولا حصيداً ولا مدروساً ولا مصبراً إلا كيلاً فيما يكال أو وزناً فيما يوزن أو عدداً فيما
يعد ما خلا الثمار إذا بدا صلاحها وقاله مالك ومن أصحابه مطرف وابن الماجشون وذلك يحتمل
أن يعلل بعلتين على أصل ابن القاسم لأنه لا يجري فيه الخرص فلا يصح التساوي فيه والثاني أنه
لا يقبض في الوقت وعدم التناجز فيه يفسد قسمته وحكى ابن عبدوس عن ابن القاسم أنه كره
قسمة البقول بالخرص قال ابن عبدوس لأنه لا يقبض كل واحد منهم ما صار إليه وقد أخطأ من قال
عنه إنه لا يجيز قسمه بالتحري بعد الجد وهو يجيز التحري في الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه
التفاضل (مسئلة) وإن كانت الثمرة قد أزهت أفردت الرقاب بالقسمة ثم إن قسمت الثمرة بعد
ذلك لاختلاف الحاجة فسقى كل واحد نخله وإن كانت ثمرتها لغيره كبائع ثمرة نخله وأنكر ذلك
سحنون وقال القسم تمييز حق والسقي على من له الثمرة بخلاف البيع ولو كان كالبيع لم يكن على
صاحب الأصل إلا أن يسقي نصف ماله في أصله ونصف ما في نخل صاحبه لأن الثمرة قد تختلف في
الخرص فيعتدل ثمرة نخله ثمرة نخلات فيختلف السقي والخرص سواء وفرق آخرون الجائحة في
البيع دون القسمة (مسئلة) فإن قسموا صبراً فلا يخلو أن يقسم بمعادرة أو يقسم بالتحري فإن
قسم بمعادرة فقد قال ابن الماجشون في المجموعة في قسم الرطب والتمر والعنب أنه يقسم على الأكثر
من شأنه في البلد من الوزن أو الكيل قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم القاضي الزيت كيلاً أو
وزناً أي ذلك شاء فعل وقد قال أشهب في المدونة بيع الزيت بالكيل فأما الوزن فأي عرف ما في ذلك
من الكيل فلا بأس به وإن كان ذلك يختلف فلا خير فيه ويجعل الأصل فيه الكيل وإن قسم على
التحري فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل أو مما يجوز فيه التفاضل فإن كان مما يجري فيه
الربا فقد حكى ابن حبيب وأصبغ عن مالك وأصحابه أن ما لا يجوز فيه التفاضل لا يجوز قسمته صبراً
بالتحري إلا كيلاً في المكيل أو وزناً في الموزون أو عدداً في المعدود وحكى ابن القاسم عن مالك أنه
يجوز قسمة الخبز واللحم والحيتان بالتحري وجه القول الأول أنه مما يجري فيه الربا ويلزم فيه التساوي
ولا يتوصل إلى حقيقة ذلك بالتحري لأن التحري ليس بقدر في نفسه فيعرف به التساوي وإنما يجري
بالموزون أو المكيل ولا يدرك حقيقة ذلك بالتحري ووجه القول الثاني أن التحري طريق إلى
معرفة التساوي والتماثل بالوزن والكيل ولا شك أن التساوي في أحد المقدارين لا يمنع التفاضل
للمقدار الثاني (فرع) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز بشرطين أحدهما ما ذكره في كتاب ابن المواز
أنه لا يجوز ذلك في المكيل وإنما يجوز في الموزون كاللحم والخبز والحيتان واحتج له ابن
حبيب بأن التحري إنما يجوز عند عدم ما يقدر به والكيل لا يعدم ولو بالحفنة وإنما يعدم الموازين
وظاهر قول مالك في المدونة يجوز السلم في الخبز بالتحري يدل على أنه يجوز ذلك مع وجود الموازين
لأنا في الغالب إنما نسلم إليه في أمد يمكن تحصيل الموازين فيه وكل موضع يكون فيها سيما ما يوزن

غالبا يوجد فيه الموازين فان قال سهما أحدهما العلماء فيجوز على قوله بالتحري (فرع)
والشرط الثاني رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان ذلك في الشيء القليل ووجه ذلك ان
الكثير لا يحصى فيه التساوي بالتحري وانما يوصل الى ما يقرب من ذلك في اليسير بأن كان بينهما شيء مما
لا يعتبر ولا يقصد وأما الكثير فربما كان بينهما من التفاضل ما يمنع الاباحة ويبا فيها والله أعلم (مسئلة)
وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والحديد والرصاص فقد روى ابن
حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون انه يجوز اقتسامه تحريا على المعدل والتفصيل ولا يجوز
على الشك في المعدل كالسال ل فيه قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم الحناء والكتان
والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل بالتحري وبه نسل لا يجوز واجازه أحد العلما
وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم انه لا يجوز قسم الحناء والحب والنوى والكتان
والمسك الا كيلا في المكيل أو وزنا في الموزون الا ان يبين التفاضل البين قال ابن عبدوس
وقول ابن القاسم أعدل في الاصل وأحب الي وقال ابن عبدوس في القول به أخذ ابن قال في القول
عن ابن القاسم انه لا يجوز قسمها بعد الجذ على التحري ويقسم التحري [illegible]
يجوز فيه التفاضل وعدا خلاف ما اختاره في [illegible] والكتان [illegible]
المسئلة طاهر في [illegible] وجه قول ابن المواز انه يجوز فيه التفاضل [illegible]
لأن كل ما يجوز فيه التفاضل يجوز فيه التساوي وبه يجوز التساوي [illegible]
ووجه قول ابن القاسم أن التحري مع عدم التفاضل بين ان [illegible] الخطر والغرر [illegible]
كالو سك في التساوي والمماثلة [illegible] كل واحد [illegible]
كالو كانت من جنس مختلف مطعوم وغير مطعوم (مسئلة) [illegible]
وقد قال يجوز لا يكون [illegible]
[illegible]
كالدنانير والدراهم [illegible]
(فصل) وأما ما لا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] (مسئلة) [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

على ذلك ومن دعا الى البيع أجبر اشراكه على التسوق معه فان أراد البيع من دعا اليه فسل لمن أباه من اشراكه اما أن تأخذ حصته بما أعطي فيها واما أن تبيع معه

﴿ القضاء في الضواري والحريسة ﴾

قوله الضواري يريد ما ضري بأكل زروع الناس من البهائم والحريسة الماشية المحروسة والضواري هي التي تسمى العوادي وقد قال مالك في المدونة في الابل والبقر والرمك التي تعدو في زرع الناس قد ضريت بذلك أرى أن تغرب وتباع في بلاد لا زرع فيها قال ابن القاسم وأرى الغنم والدواب مثلها الا أن يحبسها أهلها عن الناس يريد ان استطاع أهلها أن يحبسوها لكون الدواب تستقر مع عدم اهماله والغنم تحت حفظ رعاتها فذلك لهم وان لم يستطيعوا ذلك ووصل ضررها الى الزرع تعدت على الوجه المذكور وقال ابن حبيب قال مالك يأمر الامام ببيعها وان أكره ربها ووجه ذلك انه ليس له الاضرار بجيرانه برعي زروعهم وافساد حوائطهم واذا لم يستطع حفظ ماشيته لما عهد من عدوانها على الزرع وتعذرت القدرة على حفظها لم تمكن ازالة ضررها الا ببيعها ممن يكف أذاها بذبح أو تغريب الى بلد لا زرع فيه الا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها فله ذلك (مسئلة) وأما ما كان من الحيوان مما لا يستطاع حراسته ومنعه من الاذى كالنحل يتخذها الرجل في القرية قد يرتشفون الثوم أو يتخذها برجا يأوي اليه العصافير والحمام فينتصب من مرحها ضرر بالزرع قاله مطرف أرى أن يمنع من اتخاذها ما يضر بالناس في زروعهم وشجرهم لان هذا طائر ولا يمكن الاحتراز منه كما يستطاع ذلك في الماشية وقد قال مالك في الدابة التي ضريت بافساد الزرع ولا يحترس منها تباع وتغرب فالنحل والحمام أشد وكذلك الدجاج الطائرة والاوز وشبهها مما لا يستطاع الاحتراس منه وأما ما يستطاع الاحتراس منه فلا يؤمر صاحبه باخراجه واخباره ابن حبيب ومعنى ذلك ان الماشية وما يمكن الاحتراز منه بالحفظ المعهود لا يؤمر أهله بمنعه ولا يؤمر بذلك لانه يعتمد ولا يمنع بانا فلا يتخذ المعتاد لما يرعاه على ذلك وهو بمنزلة النحل والطير الذي لا يمكن التحرز منه فانه يؤمر بازالته بالسداد وان لم يخرج على عادة حبسه ووجه ذلك انه لا يمكن التحفظ منها ولا دفع اذاها وقال أصبغ النحل والحمام والدجاج والاوز كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها وان ضرب وعلى أهل القرية حفظ زروعهم وشجرهم وكذلك قاله ابن القاسم وقال ابن كنانة في المجموعة وزاد وما أحب أن يؤذي أحد ووجه هذا ان هذه معان لا تضر الا بالنهار ولا يعدا الناس بدا من اتخاذها لانها من منافعهم ومعظم فوائدهم فلا يمنع من اتخاذها (مسئلة) وما أصابت الماشية التي ضرت باتلاف الزروع والحوائط فقد روى عيسى عن ابن القاسم ما أصابته فسبيل التقدم الى أربابها فلا ضمان عليهم فيه وما أصابته بعد ذلك ضمنوه ليلا أصابته أو نهارا كالكلب العقور وقال واذا أخذ الكلب العقور مثلا لا يحتاج الى ذلك ويضمن ما يتقدم اليه أو لم يتقدم وقال مطرف ما أفسدت المواشي حتى لا تحوز اتخاذها لانه ليس بموضع سرح ولا حرث العادة بارسال المواشي فيه فهو على أهلها ضمان ما أفسدت ليلا أو نهارا قبل التقدم وبعد والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها ﴾ ش ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار يريد والله أعلم حفظها من أن

﴿ القضاء في الضوارى والحريسه ﴾

حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حرام ابن سعد بن محيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها

ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهى عنه من افساد الأموال وتضييعها فلما وجب لذلك حفظ الزروع
التي هي معظم الأقوات وسبب المعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزروع ولا يلزمهم ذلك بالليل
لانه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم وليس بوقت رعي للماشية في غالب الحال والوجه الثاني ان أهل
الزرع ان أرادوا حفظ زروعهم ودفع الضرر عنها فان عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعي
المواشي بالنهار ولا بد مع ذلك من الأعمال وليس كل أحد له من يرعى ماشيته ويذب عنه فان منعها الرعي
اضر بها وان أراد الحفظ فلم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم وفائدة الكلام على الوجهين
انه لا ضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وقال
الليث يضمن أرباب المواشي ما أفسدت بالليل والنهار والدليل عليه الحديث المتقدم والمعنى الذي
ذكرناه وقد رأيت بعض من احتج لما ذكرته بقوله تعالى وداود وسليمان اذ يحكمان في الحرث اذ
نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين قالوا والنفش لا يكون الا بالليل وقد ذكر مثل هذا عن
شريح وهذا ليس ببين لانه لو كان في الاية التصريح بالحكم انه يضمن أهل الماشية التي نفشت لم يكن
فيه نفي الحكم بذلك في الراعية بالنهار الا من جهة دليل الخطاب وليس عندي بدليل صحيح مع ان
والآية لم تتضمن نص الحكم ولا بيانه وانما في ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه والله أعلم وأحكم
(فرع) اذا ثبت ذلك فسواء كان مخطرا أو غير مخطر عليه رواه أشهب وابن نافع في العتبية عن
مالك وزاد في المزنية عيسى عن ابن القاسم وجميع الاشياء في ذلك سواء
(فصل) قوله وما أفسدت المواشي بالليل فالضمان على أهلها يعني مضمون وبهذا قال مالك والشافعي
روى ابن القاسم عن مالك أرى أن يقضى في ما أفسدت المواشي بالليل في الحدائق والزروع مثل
الحوائط فيما أفسدت البهائم بالليل والنهار وقال أبو حنيفة لا ضمان على أهل المواشي فيما أفسدت في
ليل ولا نهار والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو وما أفسدت بالليل فضمان على أهلها ومن جهة
المعنى ان اهمالها بالليل من باب التعدي لانه ليس بوقت رعي معتاد فوجب أن يضمن ما أفسدت [illegible]
كالسائق والقائد فيما أفسدت الدابة (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشي ضمان ما أفسدت بالليل
فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عليهم قيمة ما أفسدت على الرجاء والخوف أن يتم أو لا يتم
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] والله أعلم (فرع) اذا [illegible] على أهل المواشي [illegible]
[illegible] رواه ابن القاسم عن مالك [illegible]
[illegible]
[illegible] ولا [illegible] الارض على [illegible]
(فرع) [illegible] أن يكون الزرع الذي أفسدته [illegible] كانت فيه

سمعة حين الرعي أو غيره أو لا تكون فيه منفعة حين رعيه فإن كانت فيه منفعة فعليه قيمته حين الرعي
لا راعي فيه رجاء ولا خوف مع الأذى وإن لم يكن فيه منفعة فلا شيء عليه في ماله وعليه الأذى بقدر سمعه
وإفساده رواه ابن حبيب عن مطرف وقال أصبغ وإن عاد لهيئته فإنه يقوم على الرجاء والخوف
نبت أو لم ينبت قبل الحكم وبعده ووجه القول الأول أن الزرع له قيمتان احداهما أن يكون في نفسه
ينتفع به ويرجى زيادة منفعته والثاني أن لا يكون في عينه منفعة إلا ما يرجى من إنباته إليه فإن
كانت فيه منفعة لنفسه لزمه إن حكم عليه قبل نباته قيمة المنفعة لأن عليه قيمة مثل ذلك الزرع على
قوة الرجاء فيه وإن نبت قبل الحكم عليه وصار على ما كان عليه فقد عاد إلى ما كان عليه فعلم أنه لم
يتلفه عليه ولزمته قيمة النفل الذي هو من نبات أصل زرعه وأما إن كان حين رعيه لا منفعة فيه ثم عاد
إلى ما كان عليه قبل الحكم لم يتلف شيئاً له قيمة فلا شيء له عليه ووجه قول أصبغ أن ما أتلف عليه لزمه
فيه قيمة الرجاء والخوف وما نبت فإنما هو فائدة الأصل الذي بقي في الأرض فهو لا يأخذ منه قيمة الأصل
وإنما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع ولأنه لو أبطلت القيمة بنباته لوجب أن لا يحكم بقيمته حتى يعلم هل
يعود بالنبات فيبطل القيمة أو لا يعود فيثبت ونحو هذا كسر السن (مسئلة) وهذا حكم ما أفسدت
من الزرع والحوائط والحرث وأما لو خرجت ليلاً فوطئت رجلاً فأتلفته أو قطعت رجله فإنه هدر قال ذلك
كله عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال جرح العجماء جبار
ومن جهة المعنى أن هذا الأمر لا يقصده المواشي غالباً فلا يحترس منه
(فصل) وهذا نص ذكره أصحابنا في هذه المسئلة وهو عندي في الموضع الذي يكون فيه الزرع أو
الحوائط مع المسارح والمواضع عندي ثلاثة أضرب موضع تتداخل فيه المسارح والمراعي والثاني
أن تنفرد المزارع أو الحوائط وليس بمكان مسرح والثالث أن يكون موضع مسرح وليس بموضع
زرع فيحدث فيه انسان زرعاً فإن كان موضع زرع ومسارح فقد تقدم ذكر حكمه وهو الذي ورد
فيه الحكم عندي والألف واللام في الحائط والمواشي المذكورين في الحديث للعهد لاجتماع الأمرين
فيه فلو لم يكن لأهل المواشي إرسالها بالنهار لخرج [illegible] يكون لها مسرح ولم [illegible]
وأن هذه السادة من المراعي [illegible] على أهل الحوائط حفظ [illegible]
إلى الحفظ وكان حكم ما أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل وإن كان موضع زرع دون مسرح فهذه
[illegible] لا يجوز إرسال المواشي فيها وما أفسدت ليلاً أو نهاراً فعلى أصحاب المواشي [illegible] وقد قال أصبغ
في [illegible] فليس لأهل المواشي أن يسرحوها إلى قرى الزرع بغير ذواد ولكن عليهم أن يذودوها عن
الزرع فإذا بلغوا المراعي والمسارح سرحوها [illegible] إلى الزروع والجنان [illegible] أصحاب
الزرع والجنان دفعها وأما الموضع الثالث وهو [illegible] عادة الناس [illegible] المراسم
فيه ليلاً ونهاراً فأحدث رجل فيه زرعاً [illegible] الإمام في الإحياء فإنه ليس على أهل المواشي
الامتناع من إرعاء مواشيهم ليلاً أو نهاراً وما أفسد من زرعه بالليل فلا ضمان عليهم [illegible]
إلى نفسه [illegible] زرع بموضع المسرح وأراد منع الناس من منافعهم التي قد [illegible] والله أعلم
(مسئلة) وإذا كانت الدواب تعبر في الزرع [illegible] الزرع [illegible] كان
الدواب فوقع بعض ذلك [illegible] فروى أصبغ عن ابن القاسم لا [illegible] قال أصبغ
وهو قول مالك إن شاء الله تعالى [illegible]
[illegible] ص (مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقا

* مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيي ابن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقا

لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك فقال المزني كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى وسمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه انما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها * (ش) قوله ان رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها لا يخلو أن يكون ثبت ذلك ببينة أو باقرار العبيد مع دعوى المزني أو بدعوى المزني في ذلك معرفة حاطب وطلبه يمينه على ذلك فنكل حاطب وحلف المزني فان كان ذلك ببينة أو بنكول حاطب وحلف المزني فعلى ما تقدم في سائر الحقوق وقال ابن [illegible] في [illegible] انتحر جارا وقال خشيت أن أموت جوعا لا يقطع ويغرم [illegible] الجار وقال محمد وذلك اذا ثبت أن السيد كان يجيعه فيغرم أو نسيه وانما غرم عمر حاطبا [illegible] لا يقطع [illegible] لانه كان يجيعهم فعلى [illegible] أنهم لم يجمعوا بين القطع والغرم [illegible] في [illegible] انه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم فعلى رأي ابن المواز [illegible] الى [illegible] لما [illegible] كان يجيعهم وعلى رأي أصبغ انما جمع بين الأمرين ولعله كان للعبيد مال فوقع الغرم [illegible] وقال لحاطب [illegible] غرما يشق عليك [illegible] أن أخذ ذلك من ماله [illegible] الذي كان له أحسن [illegible] أن [illegible] والسكر [illegible] كانوا [illegible] على [illegible] والمكسب ان كان [illegible] العبيد [illegible] العبد اذا سرق [illegible] فانه [illegible] أمر [illegible] المزني [illegible] بثمنها وأما اذا [illegible] بالقصة [illegible] قال مالك في [illegible] أصاب صيدا [illegible] ولا [illegible] وبان مكانه [illegible] قال مالك في [illegible] المال ان غرم ذلك على [illegible] وعلى هذا [illegible] من أيدي العبيد [illegible] المزني [illegible]

(فصل) وقوله فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم [illegible] أمرهم [illegible] السرقة

(فصل) وقوله أراك تجيعهم يحتمل أن يريد [illegible] ويحتمل أن يكون [illegible] ذلك [illegible] أن [illegible] فأنكر عليه اجاعتهم لانه [illegible] أن [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] [illegible]

(فصل) وقوله والله لأغرمنك [illegible] له [illegible] ولعله [illegible] ان [illegible] احواجهم الى السرقة [illegible] يغرمه [illegible]

لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك فقال المزني قد كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم فقال عمر أعطه ثمانمائة درهم قال يحيى سمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على انه انما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها

هي ماشية كلما عقروا فقدم الله الإمام في إزالته فلم يزله وقيل أحداً أن على صاحبه ديته ولا سيما أنه لو كان عبداً للزمته قيمته وقد قال مالك فمن غش لبناً أو زعفراناً أو مسكاً لا يهراق وليتصدق به ولم يخص قليلاً ولا كثيراً وقال ابن القاسم وغيره إنما ذلك في اليسير فأما الكثير فلا يتصدق به ويوجع أدباً فهذا الذي أشار إليه أصحابنا في تأويل هذا الحديث ويحتمل عندي أن يكون أراد الغرم لما أوجب عليه من قيمة الناقة لما أعطيه من كثرة قيمتها وإن حاطب ناسق بقيمة غرم مثلها والله أعلم وقد سأل ابن مزين أصبغ عن قول مالك ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة أن كان مالك يرى على السيد الغرم من غير تضعيف قال أصبغ لا يلزم السيد من ذلك إلا قيمة راحلته لا أقل ولا أكثر لا في ماله ولا في رقاب العبيد المقطع الذي وجب عليهم قال الداودي غلط من ظن أن المقطع بعد وإنما كان عمر أمر بقطعهم ثم قال أراك تجيعهم ثم أمر بتعزيرهم ولم يقطعهم ودرهم بالتوبيخ وهذا معلوم من سيرة عمر في عام الرمادة فإنه لم يقطع سارقاً وقد روى ابن وهب في موطئه عن عبد الله بن أبي الزناد عن أبيه عن عروة أن عبد الرحمن بن حاطب قال توفي حاطب وترك أعبداً منهم ستة آلاف يعملون في مال لحاطب فسرقوا فأرسل عمر فقال هؤلاء عبيدك قد سرقوا ووجب عليهم ما وجب على السارق فأقروا فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم أرسل وراءه من يأتيه بهم فجاء بهم فقال لعبد الرحمن بن حاطب أما والله لولا أني أظن أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجد أحدهم ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم ولكن والله إذا تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك (مثله) وإن كان للعبيد أموال فقد قال أصبغ إنما كان يكون غرمها أول العبيد لو كانت لهم أموال والأملاك وإنما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها ... [illegible] ... وقال ابن المواز لا يسقط في السرقة التي [illegible] في رقبته ولا في ذمته [illegible] لم يوجد بعينها إلا بماله [illegible]

(قوله) [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

(قوله) [illegible] على [illegible] على الحرز

[illegible]

(قوله) [illegible] المزني [illegible]

الحديث ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة وانما العمل عندنا أن يغرم الرجل قيمة البعير يوم يأخذه ظاهره أيضا انه لم يكن يرى ظاهر حديث عمر في تضعيف القيمة على الجاني * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن يكون عمر انما أضعف القيمة لان المزني أدى لنفسه قيمته في بلد أو زمن غير البلد والزمن التي سرقت به والقيمة تتضاعف فيه ولذلك قال وانما يغرم الرجل قيمة البعير يوم أخذه يريد أن قيمته ان زادت بعد أن عرف صاحبها قيمته بتغير الأسواق بانتقال زمن أو نقله الى مكان فان تلك الزيادة له ولو نقصت لكان النقصان عليه وقد قال الشيخ أبو محمد رأيت لابن كنانة انما سأله عن غير تامة فأضعفه يحتمل أن يصادف تضعيف القيمة قيمتها الا يوم قال عمر ولو لم يقل بذلك أحد بعده لم يجب القول به ولو أجمعوا على ترك العمل بعد النبي صلى الله عليه وسلم لترك وعلم أنهم لم يجمعوا الا لامر يجب المصير اليه والرأي الأول أظهر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول مالك وانما يغرم الرجل قيمة البعير يوم أخذه يريد أن ما [illegible] من أحد فان أدركه بعض [illegible] الشخص [illegible] ذلك [illegible] وان وجد [illegible] قل [illegible] مراعاة النقص ان كان [illegible] على الأخذ أو [illegible] صاحبه كان له أخذه [illegible] وان خالف بعد الزيادة لم يكن [illegible]

﴿ القضاء فيمن أصاب شيأ من البهائم ﴾

ص [illegible] قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر [illegible]

[illegible]

﴿ القضاء فيمن أصاب شيأ من البهائم ﴾ * قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا فيمن أصاب شيأ من البهائم ان على الذي أصابها قدر ما نقص من ثمنها * قال يحيى وسمعت مالكا يقول في الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فانه ان كانت له بينة على انه أراده وصال عليه فلا غرم عليه وان لم تقم له بينة الا مقالته فهو ضامن للجمل

الاطلاق لضمن جنايته وان لم يتقدم اليه (فرع) اذا قلنا يضمن فهل يكون ذلك في ماله أو على عاقلته
قال مالك في الجمل الصؤول [illegible] يعرف بذلك يدخله صاحبه المدينة انه يضمن ما أصاب وهو على العاقلة
وقال ابن المواز ما بلغ ثلث الدية فعلى العاقلة وقد روى يحيى عن ابن القاسم ان هذه الجناية تكون
في مال صاحب الجمل الصؤول والكلب العقور ولا شيء من ذلك على العاقلة وجه القول الاول انها
جناية مضاف خطؤها الى صاحب الدابة فاذا بلغت الثلث فهي على العاقلة كالو باشرها ووجه
الرواية الثانية انها جناية من مملوك فلم يتجاوز مال صاحبه الى العاقلة أصل ذلك جناية العبد (مسئلة)
وأما الكلب العقور فان المعاني المؤثرة في ضمان صاحبه أن يتخذه ويعلم انه يعقر والثاني أن
يتخذه لا يجوز له اتخاذه والثالث أن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه والرابع أن يتقدم اليه فيه
فاما علمه بعقره فان كان [illegible] فهو أ[illegible] من الحائط المائل وقد
قال أشهب في المجموعة في الحائط المائل المخوف الذي بلغ مبلغ الغرور ولم يهدمه [illegible]
ما [illegible] أشهد عليه أو لم يشهد [illegible] لكن [illegible] بحيث لا يجوز له وان لم يبلغ ذلك
لم [illegible] أشهد عليه أو لم [illegible] اذا تقدم اليه السلطان وأما اذا كان الكلب [illegible] ذلك
[illegible] حتى لا يتقدم اليه السلطان [illegible]
[illegible]

ان هذا حكم ولا يثبت حيث يكون حاكم الا بحكمه وأما موضع لا حاكم فيه فجماعة المسلمين تقوم مقام
الحاكم في مثل هذا من الأمور التي يضطر الناس اليها وهذا حكم من يكون التقدم منه وأما من يكون
المقدم اليه فهو المالك والناظر له من أب أو وصي دون المحجور عليه قاله محمد بن عبد الحكم في الحائط
المائل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز له اتخاذ كلب الصيد في داره روى معناه ابن المواز عن
ابن القاسم وليس له اتخاذه في داره لحراسة الناس ولا ممن يسرق لانه ليس من الوجوه التي ورد
الشرع باباحة اتخاذها لا انه لا يباح له عقر السارق ولا قتله وانما أبيح له طرده ومن السباع المؤذية
في الزرع والماشية مباح وكذلك الصيد لأن كله والله أعلم
(فصل) وقوله فان لم يعمل له منه الا قوله [illegible]
[illegible]

[illegible] الصناع

ش * قال يحيى سمعت مالكا [illegible]

[illegible]

﴿القضاء فيما يعطى العمال﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن دفع الى الغسال ثوبا يصبغه فصبغه فقال صاحب الثوب لم آمرك بهذا الصبغ وقال الغسال بل أنت أمرتني بذلك فان الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل ذلك والصائغ وعلفون على ذلك الا أن يأتوا بأمر لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم في ذلك وليحلف صاحب الثوب فان ردها وأبى أن يحلف حلف الصانع

خمسة في خمس وقال رب العرصة بل عشرة في عشرة فالقول قول الباني حلف وانفسخ ذلك ويقلع البناء بعضه الآن بناء رب العرصة أن يدفع اليه قيمته مقلوعا أو ان يكمل البناء وحلف صاحب العرصة لزمه ما قال البناء والفرق بينهما ان الحائط حائز لما صار في يده والبناء لم يحز العرصة ولا ما بني فيها فهل صاحب العرصة حائز لذلك كله لانه في يده والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا اذا اختلفا في العمل فان اختلفا في الأجرة فقول الصانع عملته بأربعة دراهم ويقول صاحبه استأجرتك بدرهمين فان كان لم يقبض بالعمل تحالفا وتفاسخا وان فات بالعمل فالقول قول الصانع بخلاف البناء فالقول قول صاحب العرصة بعد البناء ذكره ابن يونس في النوادر عن مالك وذلك ان الصانع له يد على ما صنع فيه فالقول قوله [illegible] ولا يسلمه حتى يخرج عمله من يده بما ادعيه عليه صاحب الثوب والبناء عليه يد صاحب العرصة فالقول قول صاحب العرصة [illegible] زيادة في عمله [illegible] فالقول قول صاحب العرصة لانه غارم [illegible] والله أعلم (مسئلة) ولو قال الصانع لم تأمرني بشيء وقال صاحبه أمرتك بكذا ففي كتاب محمد في الخائط يقطع الثوب قميصا فيقول صاحبه أمرتك بقطعه قباء [illegible] ولا [illegible] اذا حلف الآن بقطعه قطعا لا يلبسه الآمر وقال ابن ميسر اذا أمر الصانع انه لم يأمره بشيء [illegible] واغا انفسخ [illegible] اذا قال له صاحب الثوب اقطعه على ما ترى ويعرف [illegible] للرجل [illegible] القول لاول ان العامل لما كان [illegible] في العمل لمكان [illegible] [illegible] ذلك [illegible] الصانع [illegible] ما [illegible] أن يكون ذلك اذا [illegible] على ما قاله ابن ميسر ولا [illegible] بالة الا أن يفارقه صاحب الثوب على أن [illegible] ويعقد الصانع [illegible] في العمل فعلى هذا يجب أن يكون القول قول [illegible] والله أعلم وأحكم [illegible] ابن ميسر ان أمر الصانع أنه لم [illegible]

[illegible] على العمل [illegible] العرف (مسئلة) فان ادعى [illegible] الصانع [illegible] ذلك [illegible]

[illegible] الناس [illegible]

[illegible] ول كل [illegible]

[illegible] كان الله [illegible]

[illegible]

[illegible] الصانع [illegible]

[illegible] الرجل [illegible] أمر الرجل [illegible] حادمه [illegible] بالعرف

ولولا العرف التزمه أي خادم اشتراه له إذا اقتضى اللفظ ذلك وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه

(مسئلة) وأما إذا قال أمرتك بهذا الصبغ واختلفا في القدر ففي المدونة من قول مالك في الصباغ يصبغ الثوب فيقول صبغته بعشرة دراهم ويقول صاحب الثوب أمرتك بخمسة دراهم القول قول الصباغ إذا كان ما في الثوب من الصبغ يشبه ذلك فإن أتى من ذلك بما يستدل به على كذب دعواه وشبه قول صاحب الثوب فالقول قول صاحب الثوب وإن أتى بما لا يشبه رد إلى إجارة المثل ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاث شروط أحدها ما تقدم وهو أن يكون ما في الثوب من الصبغ يشبه ما قال والشرط الثاني أن يشبها أو يشبه قول الصباغ لم يكن [illegible] فإن اشتبها [illegible] صبغ فالقول قول صاحب الثوب في المقدار الذي اشتبها له إذا كان ما ادعى [illegible] ما قال والشرط الثالث أن يعمل الصباغ [illegible] المدونة في [illegible]

(مسئلة) [illegible]

[illegible]

الصانع مدع فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب ويجبر على أن يدفع قيمة
الثوب (فرع) إذا ثبت ذلك فوجه العمل في التخالف قال الشيخ أبو محمد إن اختار رب الثوب
أن يأخذه ويعطيه قيمة الصبغ وكانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع أو أكثر من ذلك أدى
ذلك رب الثوب ولا يمين عليه وإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع حلف رب الثوب ما دفعه
إليه ويؤدي قيمة الصبغ فإن قال أريد أن أضمنه فإن طاع الصانع أن يعطيه قيمة ثوبه أبيض فلا يمين
على واحد منهما وإن أبى جعلا شريكين في الثوب هذا مذهب ابن القاسم وأما على قول العراقيين
الصانع مدع فيحلف رب الثوب أنه ما دفعه إليه ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب هذا قول الصقليين
والقرويين من شيوخنا وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضي
التحالف [illegible] قال القاضي أبو الوليد رضي الله
عنه والذي عندي أن حمل اللفظ على ظاهره أولى وهو أن يبدأ بأيمانهما [illegible]
[illegible] الأيمان حلف أولا رب الثوب ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من الإذن في الصبغ
ويحلف الصانع ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدي فإذا كمل ذلك [illegible] رب الثوب
لأن الأصل له [illegible] في هذه المسألة في شرح المدونة والله أعلم بالصواب ص (مالك
[illegible]

قال وسمعت مالكا يقول في الصانع يدفع إليه الثوب ويعطيه فيدفعه إلى رجل آخر حتى يلبسه الذي أعطاه إياه إنه لا غرم على الذي لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك إذا لبس الثوب الذي دفع إليه على غير معرفة أنه ليس له فإن لبسه وهو يعرف أنه ليس ثوبه فهو ضامن له

خاصا أو مشتركا خلافا لأبي حنيفة في قوله بضمان المشترك وللشافعي في ضمن المشترك قولان هذا
الذي حكاه القاضي أبو محمد وحكى ابن حبيب عن مالك لا يضمن الصانع الخاص وهو الذي يعمل له
الى مكانه [illegible] فيه والذي يعمل في حانوته هو المشترك قال وقاله كله أصبغ وإذا كان معنى الخاص
الذي يعمل بمنزلك فالمشهور من المذهب انه غير ضامن وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابه وإن
كان معنى الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل وإنما عمل هذا خاصة ففي العتبية قال سحنون فيمن دفع
ثوبا الى رجل ليقصره أو يخيطه أو رقعه [illegible] لم يضمن إذا لم ينصب نفسه صانعا وهو كالأمين
حتى ينصب نفسه [illegible] فإذا قلنا إن الخاص [illegible] يعمل في منزل صاحب المتاع وإذ لا [illegible]
فقد روى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب في العتبية انه لا [illegible] ما أصاب الموت [illegible]
الا أن يعرض [illegible] ووجه القول الاول [illegible] وكان ما أخذه [illegible]
كالمشترك ووجه القول الثاني [illegible]
الصانع (مسئلة) [illegible] أجر [illegible] وإذا [illegible] مالك
خلافا لأبي حنيفة في قوله [illegible]
على خلاف ما [illegible] للعمل [illegible] (مسئلة) [illegible]
معه صاحب المتاع [illegible]

[illegible]

يفرط فيضمن وذلك اذا غر من نفسه فقد تعدى من تناول ما لا يحسن وقد فسد بسببه وعمله فكان عليه ضمانه والفران اذا غر من نفسه وهو لا يحسن الخبز وفرط فقد وجد منه التعدي الموجب للضمان وأما الخياط تفسد الثوب خياطته والطاحن [illegible] فان الفساد من سببه على وجه يمكنه الاحتراز [illegible] كان عليه ضمانه وكذلك في الخبز لو كان احتراق [illegible] على وجه يمكنه الاحتراز منه لضمن [illegible] قال ابن حبيب انه لو احترق [illegible] أو غرق [illegible] لضمن وكذلك في اللؤلؤ اذا [illegible] اول ثقبها [illegible] موضعه فلا ضمان عليه وان انكسر [illegible] لانه أمر غالب وان قال أهل البصر بذلك انه تناوله من غير وجهه فهو ضامن (فرع) اذا ثبت ذلك فرجع الى أصل المسئلة فعلى الصانع في ضمان الثوب [illegible] كالغاصب والـ[illegible] وان تلف بعد كمال الصنعة [illegible] قال ابن المواز عليه ضمان [illegible] وقال [illegible] في [illegible] ولو [illegible] قال ابن المواز هو من صاحبه [illegible] وقال ابن القاسم في المدونة لا أجر عليه لانه لم يسلم العمل الى صاحبه [illegible] قول ابن المواز ان العمل [illegible] في الثوب كان [illegible] العمل لانه قد صار [illegible] عوض ذلك العمل ووجه قول ابن [illegible] الثوب ليس [illegible] الى [illegible] رجوع الثوب الى يد [illegible] صاحب الثوب العوض [illegible] ([illegible]) واذا ادعى [illegible] ان احترق [illegible] الخبز [illegible] [illegible] اذا [illegible] والعرل ما علم [illegible] ذلك الرجل أو [illegible] أصلا ولم يعرف [illegible] على وجه [illegible] واما [illegible] كان [illegible] صاحبه [illegible] أصح [illegible] اللؤلؤ [illegible] وكذلك كل صاحب [illegible] على [illegible] وكذلك [illegible] مالك [illegible] صاحب الثوب [illegible] (فرع) [illegible] [illegible] لو [illegible] الضمان [illegible] ولا [illegible] أن يعط [illegible] أحد [illegible] [illegible] لا أحد [illegible] (مسئلة) وأما [illegible] فلا ضمان عليه [illegible] [illegible] وان كان [illegible] والبيطار [illegible] (مسئلة) واذا [illegible] أنه [illegible] [illegible] رواه محمد [illegible] مالك [illegible] صاحب [illegible] الصانع [illegible] والتعدي لا [illegible] احد [illegible]

الصانع ضامن والثانية انه مصدق ووجه الرواية الأولى ان التعدي سبب للضمان فوجب أن يثبت
حكمه للتهمة في حق الصانع أصل ذلك المتعدي عليه ووجه الرواية الثانية ما أشار اليه مالك ان
التعدي لا يثبت بالدعوى ومعنى ذلك أن التلف ظاهر وهو تم [illegible] ومن سبب الضمان الذي هو التعدي
على المصنوع وهذا انما أشكل وجهه وتبين السبب كالحرق وقرض الفأر وأما اذا أشكل السبب
بعينه فلم نعلم هل هو قرض فأر أو غيره ففي المدونة في الفار يقرض الثوب عند القصار قال مالك
ومن يعلم في مسئلتك أن الفار قرضه يضمن القصار حتى يقوم بينة أن الفأر قرضه وقال في
الموازية وتبين ذلك للناظر اليه قال في المدونة من غير تضييع فلا ضمان وقال في الموازية في
قرض الفار ولحس السوس وان أشكل ذلك فالصانع ضامن حتى يقوم بينة انه قرض فار أو لحس
سوس ولم يكن ضيع ففي هذا الوجه قول مالك وهو الضمان والله أعلم (مسئلة) واذا احتاج الى اسقاط
وجه الثوب الى داخل [illegible] فان كان [illegible]
قصه أو أمر بقصه واعاده خياطه [illegible] ووجه ذلك [illegible]
و [illegible] على الوجه المعتاد [illegible] مقصودا لجمال [illegible] ان كان ذلك
لا ينقص الثوب [illegible] وان كان ذلك [illegible]
من [illegible] لان صاحب الثوب دفع [illegible] والله أعلم (مسئلة) [illegible]
الثوب أسود [illegible]
أن [illegible]
[illegible]
[illegible] أبو محمد ما لم يجاوز [illegible]
[illegible] الاول الذي [illegible]
الثوب [illegible]
ومعنى ذلك [illegible]
ولم يجعل له [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
قال ابن القاسم [illegible]
[illegible]
[illegible]
على [illegible]
[illegible]
[illegible]
(فرع) واذا [illegible]
[illegible]
[illegible]

يوم يقبضه وتنفسخ الاجارة بينهما هذا الذي حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وفي المدونة عن ابن القاسم
في الذي يضمن الحائك لا ينسجه له على أقل من العرض والطول الذي شرطه له فيه مثله وليس له
مثله ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته لا مثله لأن مالكا قال فيمن استهلك ثوبا فعليه قيمته فكذلك
الغزل وقال غيره أصل الغزل الوزن فعلى من تعدى فيه مثله فيحتمل أن يريد بقوله ليس له مثله لأنه
لا يوجد مثله غالبا ويحتمل أن يريد ليس له مثله وإن وجد لأنه أصل الثوب الذي لزم فيه القيمة
وهو الأظهر من قوله في المدونة ووجه ذلك أن الغزل يتعذر فيه التماثل لاختلاف أصله ولاختلاف
الصنعة فيه إلى وجه يتفاوت فلذلك عدل فيه إلى القيمة وإن كان موزونا كما عدل في الثوب إلى القيمة
وإن كان مذروعا لكنه لما اختلف جنس أصله في الجودة وكانت صناعته مختلفة متفاوتة ولم ينظر
إلى ما آل إليه من جهة الذرع عدل إلى القيمة والله أعلم وأحكم ووجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن
أصله الوزن (فرع) إذا ثبت أن عليه القيمة على الوجه الذي ذكرناه فإن ابن القاسم تنفسخ
الاجارة بينهما وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن الاجارة قائمة يأخذ القيمة ويأتي بغزل مثله فينسجه له
واختار ابن حبيب قول ابن القاسم واحتج لذلك بأنه غزل معين فإذا ذهبت العين وعدمت بطل
العمل المختص بها وهو شبه ما قدمه نظر والأظهر أن يكون وجه ذلك ما بنى عليه ابن القاسم من عدم
التماثل فيه وتفاوته في أرضه والغلظ والقوة والضعف وإذا اختلف ما يعمل فيه وتفاوت وجدت العين
المختصة بالعمل وجه تسميته كرضاع الآدمي وتعليم الأعمال ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن المواز بأنه
ليس العمل بعين من الغزل ولو شرط ذلك لم يجز الاجارة (فرع) ولو أعطاه الغزل لينسجه ثيابا
في عدد فنسجه [illegible] فقد قال في المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائك قيمة غزله أو يأخذه ويعطيه
جميع أجره وقال غيره له من الأجرة بحساب عمله ووجه قول ابن القاسم على ما قاله [illegible]
أن [illegible] هذا الثوب [illegible] من العيوب في العمل فإذا رضي به كان عليه جميع العوض
كالعين في البيع ووجه قول الغير أنه [illegible] من جملة ما استؤجر عليه فوجب أن ينقص
من أجره كالإجارة [illegible] (فرع) إذا ثبت ذلك فإن قلنا بقول الغير
[illegible]
المدونة (فرع) ولو زاد على الأذرع المشروطة [illegible] لا أجرة له في الزيادة
[illegible] ابن القاسم [illegible] قول الغير

(مسألة) [illegible] الصباغ [illegible] طرف أو [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] ولو [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] لا علم [illegible] كالطرف الذي [illegible]

(مسئلة) وأما ما يدعو الحاجة إليه من الظروف فقد قال أشهب وابن حبيب فيه ما تقدم ذكره
وفي كتاب ابن المواز إذا ضاع المصحف بقفته عند الصحاف أو ضاع عند القران لوح الخبار أو قفته أو
ضاع عند الصقل غمد السيف أو عند الخياط منديل الثوب لم يضمن شيئا من ذلك ويضمن المثال
ليعمل عليه وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك ضمان المثال وقد روى سحنون لا يضمن الورق
الأم التي يكتب منها وهذا يقتضي أنه لا يضمن المثال وجه قول ابن المواز في نفي ضمان الظرف وأنه
في المثال أن الظروف لا يتعلق عمله بها فلم يضمنها والمثال عمله متعلق به قال مالك لا [illegible] ووجه
قول سحنون أنه لا يعمل فيه وإنما يعمل في غيره فكان المثال كالظروف

(فصل) فهذا حكم الصناع وأما الأجراء فهم على ضربين أجراء الصناع وأجراء البدن [illegible]
فأما أجراء الصناع فالذي روى ابن المواز عن ابن القاسم أن أجير القصار لا يضمن والقصار ضامن لما
أفسده أجيره قال ابن حبيب ولا يضمن الأجير للقصار والصانع [illegible] الأجير [illegible]
القصار يحبس أجيره وليس [illegible] لا يعمله فأما إن كان ينصرف في العمل بأجرة [illegible]
ما يعمل فيه فقد قال في العتبية والمواز [illegible] أشهب [illegible] الصناع [illegible]
معهم إلى [illegible] فيدعون [illegible] أنهم ضامنون [illegible]
[illegible] فهم ضامنون وقال ابن [illegible] إذا [illegible]
لأنه إذا [illegible] حكم الصانع وأما إذا كان [illegible] حكم
الأجراء (مسئلة) وأما الأجراء [illegible]
فأما من [illegible]
ابن القاسم عن [illegible]
[illegible]
و [illegible] الذي [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
وكذلك [illegible]
[illegible]
[illegible]

فسام فسرق ما في البيت أو ذهب الحبل أو الغنم لا ضمان عليه وله أجره كاملا قال ابن القاسم لا يضمن الأجير الا ما ضيع أو فرط وقال ابن المواز لا يضمن جميع الحراس الا بالتعدي كان مما يغاب عليه أو غيره من طعام أو غيره ووجه ذلك انه مؤتمن لا يتعلق له بالعمل فلم يكن عليه ضمان كالمودع وقد روى ابن حبيب عن ابن المسيب ان الراعي الخاص لا يضمن والمشترك يضمن قال ابن حبيب ومن أخذه فهو حسن محمل هذا على ظاهره وقال ابن وهب معنى المشترك ههنا أن يأخذ مالا يقوى عليه (مسئلة) وأما الأجير على البيع أو الشراء فالذي نص عليه أصحابنا انه لا ضمان عليه قال ابن المواز لا ضمان عليه ان ضاع المبيع أو ضاع ثمنه ووجه ذلك ما تقدم من أنه [illegible] لا يتعلق له بالعمل فلم يضمن ما ضاع من غير تعد كالمودع (فرع) فاذا ضمن بالتضييع فقد قال ابن القاسم من المدونة [illegible] أن يترك ما وكل به أو يذهب الى غيره فلبس الثوب والعمل من التضييع ووجه ذلك انه لا يدل كل أحد به ولا يمكنه الاحتراز . فأما من ترك حفظ ما وكل بحفظه والاستعمال لغيره فلا يمكن الاحتراز منه ولا يمكن الحفظ معه (فرع) وأما الحارس الذي لا يتعلق بحراسته عمله فله الأجر كاملا وان ضاع ما استحفظ وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك في الطريق بفعله فلا أجر له حتى يبلغه وكذلك ما عطب في البحر الا أن [illegible] السفينة يهلك وأما المستأجر للبيع أو الشراء يتلف السلعة أو يتلف ثمنها انه لا أجر له قاله ابن المواز لان هذا من باب الجعل فلا جعل له الا بتمام العمل وهو أن يوصل الثمن الى ربه أو [illegible] وفي العتبية لابن القاسم عن مالك فيمن بعث معه بتجارة يبلغها [illegible] الطريق [illegible] له من الاجر [illegible] قال الشيخ أبو محمد يريد [illegible] وقال ابن القاسم عن مالك ان [illegible] في الطريق فله الأجرة كاملة [illegible] ووجه ذلك أن ما كان [illegible] على وجه الجعل فلا أجر له الا بتمامه [illegible] الاجارة [illegible] وجعل له من [illegible] الاجر كاملا والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من [illegible] فأما الذي له [illegible] قال الشيخ ان كان عالما [illegible] عليه [illegible] وأما [illegible] قال ابن حبيب اذا لعبهم المؤدب [illegible] وقد حط أوله الاجر كاملا وان لم [illegible] من الاجر بقدر ما يلعبهم الى أن يستغني عنه لما ظهر لهم من حطه [illegible] (مسئلة) ومن قال لخياط ان كان هذا [illegible] [illegible] ولم يكن [illegible] روايتان [illegible] مالك [illegible] ولا ضمان على الخياط [illegible] كان [illegible] في [illegible] [illegible] ان كان [illegible] [illegible] وان كان [illegible] فهو ضامن لانه [illegible] [illegible] في [illegible] [illegible]

([illegible]) [illegible] وقول مالك في الموطأ [illegible] [illegible] وقال [illegible] في الموازية [illegible] [illegible] والى [illegible]

حتى تخلفا ضمن كل واحد قيمة الثوب الذي لبس وإن لم يختلفا غرم كل واحد منهما نقص الثوب الذي لبس ولا شيء على الغسال وقال أبو حنيفة والشافعي صاحب الثوب مخير بين أن يغرم اللابس أو الغسال فإن أغرم اللابس لم يرجع على الغسال بشيء وإن أغرم الغسال رجع على اللابس ووجه قول مالك ما احتج به على الغسال من أن اللابس لا ضمان عليه لأن من عليه ضمانه إن تلف سلطه على لبسه لأنه إنما دفعه ليلبسه فإذا دفعه إليه على أنه ثوبه فقد سلطه على لبسه والثوب يتغير بالعمل فلم يغره صاحبه فالضمان عليه ولو لزمه ضمانه للحق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم ووجه قول أشهب أنه أكثر ما في حال اللابس أنه مخطئ بإتلاف مال غيره فعليه الضمان والإتلاف إنما وجد من اللابس فوجب أن يبدأ بالضمان فلو تعذر وجوده أو أفلس لكان لصاحب الثوب أن يرجع على الغسال لأنه سبب إتلاف ثوبه بدفعه إلى من أتلفه وتعذر الاستيفاء من جهته (فرع) إذا قلنا لا يضمن اللابس ما أبلى فقد روى عيسى عن ابن القاسم إن كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين وقيمة الآخر دينارا نظر كم نقص ثوب الثاني إن لو لبس في تلك المدة فإن كان نقص نصف دينار وقد نقص من الملبوس دينار كان على اللابس الذي لم يلبس ثوبه نصف دينار ويرجع الآخر على الغسال وإن كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار فليس على اللابس إلا ذلك الأقل ولا شيء على الغسال ولو كانت قيمة الملبوس دينارا وقيمة الذي لم يلبس دينارين وكان ينقص لو لبس تلك نقص نصف دينار وقد نقص الملبوس ربع دينار [illegible]

[illegible]

للقصار ادفع أجرة الخياطة للذي خاطه وحده فإن أبى قيل للآخر ادفع إليه قيمة الثوب فإن أبى كانا شريكين هذا بقيمة الثوب وهذا بقيمة الخياطة

(فصل) وقوله فإن لبسه وهو يعرف أنه ليس ثوبه فهو ضامن [illegible] ما نقصه لبسه قل ذلك أو كثر قاله عيسى عن ابن القاسم قال ولا شيء على القصار إلا أن يعدم اللابس فيغرم القصار ويتبعه به في ذمته ولو لبس كل واحد منهما الثوب الذي دفع إليه غالطين واختلفت قيمة اللبس رجع من له فضل على صاحبه فإن استويا لم يرجع أحدهما على صاحبه (مسئلة) ومن اشترى من رجل شيئاً وشرط عليه فيه عملا ففي العتبية لعيسى عن ابن القاسم أن كل ما يعرف صفته وخروجه بعد العمل فلا بأس أن يشتريه ويشترط على البائع عمله كالنعل على أن يحذوه والقميص على أن يخاط والقلنسوة على أن يعمل والقمح على أن يطحن وقد مرض مالك القمح في بعض قوله وأجازه ابن القاسم وأجاز النحاس على أن يعمله توراً وقيل ليستحسنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرناه من شراء الثوب على أن يعمله قصا والظهارة على أن يعملها جبة والحديد على أن يعمله قدراً أو عوداً يعمله سرجاً وهو بيع وإجارة وقد جرى في مسائل مالك في الغزل على أن ينسجه والزيتون على أن يعصره أنه كرهه قال إنما كرهه مالك في الطحين وخياطة الثوب لأن خروج ذلك معروف وقد عرفه أيضاً مالك في الغزل على أن ينسجه والزيتون على عصره لما ذكرناه أنه جمعه وكل بيع مع إجارة في الشيء المبيع فإنه يمنع منه وإن كانت في غيره فإجارة وكل بيع وشركة داخلة في المبيع وأخرجها وإن خرجت عنه فلا يجوزها فعمل من هذا أن ما يجهل صفة الخارج منه أنه لا يجوز قولاً واحداً وفيما يعرف صفة الخارج منه القولان المنع والإجارة المعروفة وجه الإجارة تضمنه كما لو كان العمل في غيره ووجه المنع أنه منع من لا يمضي إلى مدة طويلة لو يخاف صناعه فيها فلم يجز ذلك فيه (فرع) إذا قلنا بالجواز فتلف الثوب بيد الخياط فقد قال سحنون لا يضمن الخياط ويحط عن المشتري من الثمن بقدر خياطته الثوب وطحن القمح إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصنعة فيضمن كالصانع ووجه ذلك أنه إذا كان هو الصانع فقد خرج عن ضمان البائع إلى ضمان الصانع وإذا لم يكن هو الصانع فكأنه اشتراه منه على أن يدفعه إلى صانع غيره وكان يجب على هذا أن من [illegible] الأعمال ولا [illegible] الصناعات [illegible] دون أن يتولى عملها ولا يدفعها إلى الصناع وقد سلم ذلك ممن لا يقبل من أهل العمل ولا معروفاً بها وله فإنه لا ضمان عليه وهذا الذي باع الثوب على أن يدفعه إلى الخياط وقد التزم خياطته أجرة وهي من تلك الثمن الذي أخذه وقد قال ابن حبيب من قال للخياط إذا خطته فادفعه إلى القصار فزعم أنه ضاع قبل أن يخيطه أو بعد ما خاطه قبل أن يدفعه إلى القصار فهو ضامن وإذا قال ضاع عند القصار صدق كما يصدق في قوله [illegible] على قول ابن الماجشون [illegible] فيه الإرسال إن أقر به [illegible] على هذا العامل أن لا يصدق على قول ابن القاسم لأنه لا يصدق عنده في قوله رددته إليك كان [illegible] على قول ابن الماجشون أن لا يصدق في قوله دفعه إلى القصار إذا أنكر القصار وقد صدق في قوله [illegible] فإن [illegible] كما لو [illegible] في قوله رددته إليك ولا يصدق في قوله دفعه إلى الصانع إذا أنكره الصانع على أن [illegible] كان التزم الخياطة العمل بيده [illegible] أجرة [illegible] مع أجرة خياطته [illegible] الغسال عن اشتراه [illegible] وكذا على [illegible] الغسال وإذن للخياط في [illegible] الوجه الأول حكم الوكيل وحكم [illegible] في الوجه الآخر حكم من يدفع إلى

الوكيل وكان الأظهر من مسئلة سحنون أن يضمن لأن كل من أحدثوا على أن يعمل فيه عملا لزمه ذلك في ذمته أو في عمله بنفسه فهو من جملة الصناع وهم يتساوون في وجوب الضمان والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في الحمالة والحول ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه أنه إن أفلس الذي احيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذي أحاله شيء وأنه لا يرجع على صاحبه الأول ﴿ قال مالك وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ﴾ ش [illegible] على ما قال ان [illegible] الحواله عقد لازم بمعنى ابراء ذمة المحيل من دين المحال [illegible] يلف عوضه أو تشعب [illegible] فلا رجوع للمحال بذلك على المحيل لانا [illegible] سلامته ورد [illegible] فلا [illegible] ولو كان [illegible] لم يعلم به المحيل فلا رجوع له وان كان [illegible] الرجوع [illegible] [illegible] قال مالك [illegible] رجل آخر [illegible] المحيل او [illegible] الذي [illegible] [illegible]

[illegible]

﴿ القضاء في الحماله والحول ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه انه ان أفلس الذي احيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذي أحاله شيء وانه لا يرجع على صاحبه الاول * قال مالك وهذا الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا * قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فان الذي تحمل له يرجع على غريمه الاول

وهـذا عندي إذا لم يرد الطالب قوله الاستلام الحمل لأنه حق ملزم الحمل فللطالب أن لا يقبله [illegible]
[illegible] وله أن [illegible] له فيرأ الحمل كما لو كان عليه دين فدفعه عنه أجنبي فإن للطالب أن لا يقبله من
الأجنبي الاسوكيل الغريم وله أن يقبله فيبرأ بذلك الغريم (فرع) وهذا على اطلاق الحالة ولو
شرط الحمل على الطالب إذا لقيت عن علت ملك [illegible] في فقدر وى حصن بن عاصم وابن القاسم
في العتبية أن ان لقيه في موضع بعدو [illegible] فقد برئ وله شرطه ولو لقيه في موضع لا يقدر عليه لم يبرأ
الحمل (مسئلة) ومن شرط صحة الاحضار أن يحضره في موضع تنفذ الاحكام عليه وإن
كان بغير بلده وأما إن دفعه اليه في موضع لا ذمة يطمع في ضمه أو لا سلطان فيه ولا حاكم أو حال فتنة أو غارة
أو موضع يقدر الغريم على الامتناع فيه فلا يبرأ بذلك قاله كله في المدونة قال في كتاب [illegible] أو أسلمه
[illegible] موضع أو غيره فقد برئ ولكنه أن يقول [illegible] وجه في السجن
[illegible] ووجه ذلك أنه إنما يلزمه تسليمه ممكنا من طلب حقه وأما تسليمه بحيث لا يمكن
[illegible] من طلب حقه وإن شاء فيه فليس هو الذي شرط عليه ولا يتوصل به إلى الغرض من الحمالة فلا
[illegible] الحمل والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو مات الغريم لسقطت الحمالة عن الحمل لأنه إنما
[illegible] الطالب بإحضار نفسه وذلك [illegible] أن يكون موجودا ونفسه قد فاتت أو [illegible] بذلك
[illegible] من إحضارها (فرع) وإذا إن مات بلده فعل [illegible] يلزم الحمل إحضاره أو بعد
[illegible] عن ابن القاسم وقال لا [illegible] كان بالأجل فليطلب [illegible] وإن مات بغير البلد
فقد قال أ[illegible] أبي مات [illegible] أو في البلد [illegible] أبو محمد [illegible] لا يغرم الحميل وقال ابن القاسم
في العتبية والموازية يغرم [illegible] العائب [illegible] كان الدين [illegible] أو بعد فإن كان
الدين [illegible] له [illegible] أو خرج [illegible] وإن كان على [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]) وإذا [illegible] الحمل [illegible] في العتبية
[illegible]
على [illegible] وإن كان [illegible] وقال ابن [illegible] في الموازية
[illegible] الغريم [illegible] الحمل بالغريم [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] عليه السلام

ثم حضر الغريم ففي المدونة عن ابن القاسم قد مضى عليه الحكم ولزمه المال ولو قامت البينة بعد الغرم ان الغريم كان ميتا قبل الحكم عليه لا يرجع ماله ووجه ذلك ما قدمناه انه يعوب الغريم بريء من الحمالة فاذا ظهر بالبينة انه كان ميتا يوم الحكم عليه فقد تبين انه حكم عليه بما لا يلزمه فلذلك وجب له الرجوع فيه وفي الموازية في الحميل بالمال ان الطالب اذا حكم له على الحميل فغرمه ثم حضر الغريم ثم أيسر الغريم رجع على من شاء منهما

(فصل) وأما الضرب الثاني من حمالة الوجه وهي الحمالة التي يشترط فيها أن لا شيء عليه من المال ففي كتاب ابن المواز عن مالك ان شرط حمالة الوجه ليس من المال في شيء قال محمد أو يقول لا أضمن لك الا الوجه فهذا لا يضمن الا الوجه غاب الغريم أو حضر أو مات [illegible]

احضاره وفائدة هذه الحمالة [illegible] الاحضار [illegible]

الحمالة بانه لا يتعلق ماله بالمال [illegible]

بالمال المتعلق بالذمة ولولا أن [illegible]

[illegible]

أو يعسر [illegible] لا يتعلق له بالذمة [illegible]

[illegible]

(الباب الأول فيما تصح الجعالة به)

الجعالة تصح في المعلوم والمجهول خلافا للشافعي في منعها من المجهول والدليل على ما نقوله ان هذه وثيقة بحق فتصح في المجهول كالشهادة بالوصية اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في الموازية من أوصى ولده أو غيرهم أن يقضوا عنه دينه فذلك اثر عن الدين أو لم يسمه والغرماء حضور أو غيب في الصحة أو في المرض وفي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن مات وعليه من الدين مالا يدري كم هو وترك مالا من عين وعرض لم يحصر ولا يدرى كم هو فقال بعض ورثته يا سادتي أحملوا على أن يخلي بيني وبين ماله فإن كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بيني وبين الورثة على فرائض الله تعالى وإن كان نقصان فعليه وحده ان ذلك جائز كان الذي تحمل به نقدا أو [illegible] لأنه [illegible] على وجه المعروف ولو كان على أن له الفضل وعليه النقص لم يجز لأنه غرر فاسد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فإن طرأ غريم لم يعلم به الوارث فإنه يقضيه ولا يسقطه قوله لم أعلم به قال ذلك مالك وابن القاسم ووجه ذلك أنه قد التزم أداء دينه على العموم ولم يخص ما علمه دون ما لا يعلمه والتزام ذلك من الميت أو الحي جائز لازم والتزام المجهول لازم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال أنا ضامن لما قضي به لفلان على فلان وهما غائبان أو حاضران أو أحدهما غائب أن ذلك يلزمه قال ابن القاسم في المدونة لأن مالكا قال من أوجب المعروف على نفسه لزمه والكفالة معروف فلزمه لزوم الدين (مسئلة) ومن قال لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شيء فأنا ضامن له قاله ابن القاسم في المدونة وقال [illegible] في ذلك يلزمه [illegible] ولا بد أن يكون هذا مذهب ابن القاسم [illegible] قال القاضي أبو محمد هذه المسئلة مبنية على ثلاثة أصول أحدها أن ضمان المجهول جائز والثاني [illegible]

[illegible]

أمرك [illegible] المجهول (مسئلة)

[illegible] الجعالة به

[illegible] ابن القاسم في المدونة فإن لان

مالكا قال لا يجوز أن يأخذ حميلا بسلعة غائبة اشتراها بعينها كانت أو عرضية يجوز فيها النقد ووجه ذلك أن بيان المعين لا يقدر الحميل على احضارها ولا يتعلق بذمته ومعنى الحمالة تعلق الحق المتحمل به بذمة الحميل والاعيان لا تتعلق بالذمم فلذلك لا يجوز الحمالة بها (مسئلة) ولا يجوز الكفالة في الحدود ولا التعزير قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك انها متعلقة بعين ولا تعلق لها بالذمم فلا تصح الكفالة فيها ومن استأجر أجيرا أو صانعا بعينه لم تصح فيه الكفالة لانه لا يصح أن يقوم غيره مقامه في العمل وانما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الاعيان والذمم قاله ابن القاسم في المدونة ولو كانت خدمة في الذمة مضمونة أو عمل لصحت الحمالة بها (مسئلة) [illegible]

[illegible]

أمره فان كان محجورا عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه لم يلزمها الحالة وأما البكر التي لم
تعنس فهي كالصغير في ذلك وأما التي عنست وأونس رشدها في بيت والدها ففي المدونة انه تجوز
حمالتها عند ابن القاسم ووجدته في كتاب عبد الرحمن عن مالك وقال مالك لا تجوز هبتها وكذلك
كفالتها لانه عطاء منها وجه ذلك انه لما حد [illegible] العنس ولانه الأب في البضع لم يسقط في المال
وجه القول الاول ان الولاية في البضع لا تزول بالرشد والولاية في المال تزول بالرشد لانها زاد لحفظ
المال فاذا حفظ المال بالرشد زالت ولاية المال وبقيت ولاية البضع لانها زاد لحفظ البضع مما يعرض
فيها فيه ما تقصد المرأة فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من كان محجورا عليه لحق غيره
كالعبد والمستغرق الذمة بالدين والمريض والمرأة ذات الزوج فان العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد
مالهم فيه حق السيد بانتزاعه وان كان العبد مأذونا له في التجارة وقال ابن الماجشون تجوز حمالة
العبد وحكى ابن المواز القولين في العبد وجه القول الاول وهو قول مالك وجمهور أصحابه ان معنى
يدخل من ذمته في ذمة ما لم يكن له ذلك بغير اذن سيده كالهبة وأصحابنا وجه من المعروف فلم
يكن له الا باذن سيده وان أذن له في التجارة كهبة ماله (مسئلة) وتجوز حمالة العبد باذن السيد
وان لم يكن مأذونا في التجارة الا أن يستغرقه الدين فلا تجوز وان أذن له السيد ووجه ذلك كله
[illegible] فاذا أذن له في ذلك [illegible] ماله [illegible]
[illegible] محجور عليه [illegible] أذن له السيد أم لم يأذن له وأما المكاتب فقد
[illegible] ابن القاسم [illegible] المكاتب والمدبر وأم الولد في الحالة جارية مجرى [illegible] وقال
[illegible] المكاتب [illegible] ولا لسيده ووجه قول ابن
[illegible] بالحكم [illegible] ذلك [illegible] العبد [illegible]
[illegible]
(مسئلة) [illegible] وقال ابن
[illegible]
[illegible]

(الباب الثالث فيمن تصح الحمالة عنه وغيره ممن لا تصح عنه)

ويجوز ذلك أيضا عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أداؤه من ماله وأما المولى عليه فلا يخلو أن يكون يحمل عنه حميل بما يعامله فيه أو بما سبق من المعاملة قبله فإن كان يحمل عنه بثمن ما ابتاعه فقد قال ابن القاسم في العتبية والموازية إن كل ما كان [illegible] بما يلزم اليتيم لزم الحميل ويرجع به في مال الصبي وقال عبد الملك لا يلزم المولى عليه شيء [illegible] فإن كانت المعاملة قبل الحمالة لم يلزم الحميل شيء [illegible] لم يحمل عنه [illegible] ولا عامله المعامل له بسببه [illegible] الحميل شيء وإن كانت المعاملة بعد ذلك لزم الحميل الغرم ولم يرجع هو ولا الطالب على [illegible] وإن كان [illegible] يلزم اليتيم مثل أن يكون له الدار والحائط [illegible] فهذا يلزم الحميل [illegible] اليتيم على ثلاثة أقسام قسم يلزم الحميل ويرجع به وهو ما لزم مال اليتيم وقسم يلزم الحميل ولا يكون له الرجوع به وهو على ما [illegible] بسبب الحمالة ولا يلزم مال اليتيم [illegible] قال أصبغ في [illegible] اشترى من [illegible] وأحسب [illegible] ولا يرجع به على أحد وقسم لا يلزم الحميل ولا يرجع [illegible]

(الباب الرابع في [illegible] الطالب [illegible])

لا يخلو أن يكون الحميل واحدا أو [illegible] فإن كان [illegible] الطالب [illegible] العرم [illegible] العرم [illegible] عدم العرم [illegible] يكون [illegible] وسقط [illegible] بالحوض [illegible] العرم والله [illegible] (مسألة) [illegible]

[illegible]

الغريم فلا يلزم ذلك الحميل رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أن يكون الاقرار بالدين بعد الحمالة وأما اذا أقر به الغريم قبل الحمالة ثم تحمل بذلك على اقراره فانه لازم له على قول الذي رواه مالك بقوله انه مما يقوم به البينة ويلزم ذلك الحميل والله أعلم وأحكم

(فصل) ومن قام على منكر بدين فقال له الرجل ان لم آتك به غدا فالمال علي وقد سماه لم يلزمه المال وان لم يأت به حتى يثبته الطالب ببينة ولو أقر المطلوب بعد الحمالة لم يلزم ذلك الحميل الا ببينة وكذلك من ادعى على غائب ألف درهم فتكفل به رجل فقدم الغائب فأنكر أو أقر لم يلزم الحميل ذلك الا ببينة على أصل الدين أو بينة على اقرار الغريم قبل الحمالة قاله كله في المواز به ونحوه في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أنكر الغريم الدين وأقر به الحميل ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه يغرم الحميل ثم ان قامت بينة رجع على الغريم بما أدى عنه وروي في العتبية يحيى عن ابن القاسم قال وان لم يكن للحميل بينة لم يرجع الغريم بما أداه

(فصل) وان كان الحملاء جماعة تكفلوا له بمال فلا يخلو أن يطلق لفظ الكفالة أو يقول بعضهم كفلاء عن بعض أوله أخذ من شاء منهم بجميع حقه فان أطلق لفظ الكفالة فأعسر الغريم عند الاجل فقد قال مالك ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال وانما له أن يأخذ كل واحد منهم بحصته [illegible] كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال ووجه ذلك انهم اذا تكفلوا بمائة فانما تكفل كل واحد منهم بثلث المال فلا يلزمه سواها (مسئلة) وان شرط عليهم وبعضهم كفلاء عن بعض كان له أن يأخذ [illegible] بجميع حقه وان كانوا موسرين فان أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك أنه اذا كان بعضهم حملاء عن بعض كان لهم حكم الحملاء [illegible] واحدا واحدا [illegible] وله أن يأخذ [illegible] من الغريم الى الحميل [illegible] أو العدم والله أعلم وأحكم (فرع) [illegible] واحدا [illegible] الحاضر المال [illegible] الذي غرم أن يرجع على صاحبه [illegible] المال [illegible] لا أحد [illegible] اذا كان الغريم موسرا حاضرا [illegible] الذي [illegible] الى الغريم فلا يطالب مع تمكن الاقتضاء من الغريم والحميل الذي غرم في غيبة الحملاء والغريم [illegible] بجميع المال فانما غرم عن الحميل كما غرم عن الغريم [illegible] صاحبه [illegible] كان له [illegible] قال الغريم (مسئلة) فان اشترط ان له أخذ [illegible] عن [illegible] أن أحد [illegible] بجميعه وان كان [illegible] موسرا [illegible] اذا أخذ أحدهم بجميع المال لم يكن له أن يرجع [illegible] لان الطالب اشترط في الحمالة أن له أن يأخذ حقه بتمامه [illegible] أن يرجع عليهم [illegible] مما أدى [illegible] ان الشرط باطل وليس له [illegible] واحد [illegible] (فرع) [illegible] أن يأخذ [illegible] أدى الحميل أن يرجع على [illegible] فعلى وجه ان بعضهم حملاء عن

بعض فلا يتعلق الحق بحمالة جميعهم على أن للطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم وفي المسئلة الأولى
لم يتعلق الدين بحمالة جميعهم وإن تعلق بحمالة واحد غير معين فللطالب أن يعينه فيمن شاء منهم والله أعلم
وأحكم (مسئلة) ومن تحمل له بنفس رجل ثم لقي الغريم فأعطاه حميلا آخر فقد روى ابن
الماجشون عن مالك أن له أن يتبع أي الحميلين شاء ووجه ذلك أن كل واحد منهما تحمل بجميع المال
على غير رتبة تقتضي تقدم أحدهما فاقتضى ذلك التخيير في أن يطلبه أو يطلب أيهما شاء (مسئلة)
ومن تحمل لرجل بمال على غريم ثم تحمل له رجل آخر بالحميل فإنما له أن يطلب الغريم فإن غاب أو
أعسر انتقل إلى طلب الحميل الأول فإن غاب أو أعسر انتقل إلى الحميل الثاني فإذا [illegible]
ووجه ذلك أن حاله مع الحميل الأول والثاني كحاله مع الحميل الأول والغريم وقد تقدم ذكره
والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في رجوع الطالب بالغريم أو الحميل)

ووجه ذلك أن الطالب [illegible] الغريم أو الحميل أو يوجد أحدهما [illegible] الغريم
[illegible] الحميل لأن [illegible]
[illegible]

الدين دنانير فدفع عنه الحميل دراهم فان ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحد عوضي
الصرف وأما بعد الأجل ففي كتاب ابن المواز ان ذلك جائز وفيه أنه غير جائز واليه رجع ابن القاسم
وهو قول أشهب وأصحابه وجه القول الاول ان ما بين الطالب والغريم قد صح باتحاد المصارفة لان
ذلك متعلق بذمته كالذي كان له عليه الدين ووجه القول الثاني بالمنع ما احتج به محمد من ان الغريم
يكون مخيرا بين أن يدفع ما كان عليه أو ما دفع عنه فقد دخله الخيار في الصرف وفسخ دين في دين والله
أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بالجواز فقد قال ابن القاسم لا يؤخذ من الغريم الدنانير ولكن
يخرج الغريم الدنانير ثم يشتري بها دراهم فان نقصت لم يكن للحميل غيرها وان زادت فليس له
الفضل وكان ابن القاسم يقول الغريم مخير ان شاء دفع الدنانير أو الدراهم ثم رجع فقال هذا حرام
بين الحميل والغريم وقاله أشهب ووجه القول الاول ان تحمل الكفيل [illegible] صاحب الحق اذا أخذ [illegible]
[illegible] وجب أن يصح ما بين الحميل والغريم للدنانير لا تأخير في الصرف فوجب أن يصح بأن
يخرج الغريم ما كان عليه فلا يفسد من جهة شيء ثم يشتري للحميل من جنس ما أدّى فان كان
فيه نقص فهو الذي أدخله على نفسه وان كان فيه فضل لم يكن له لان ما دفع عنه انما هو سلف أو
اتباع فلا أحد أكثر منه ووجه القول بالتخيير ان [illegible] بالخيار فلا يستقل الصرف بخيار
[illegible] عوض الصرف [illegible] فانه مخير بين أن يرد المعيب أو يمسك ولا يصح ذلك الصرف
(فرع) فان قلنا بالمنع فلا يجوز أن يأخذ الكفيل طالب الحق اذا كان الدين دنانير دراهم
ولا شيئا مما يكال أو يوزن [illegible] الاشياء الا [illegible] أو [illegible] الى [illegible] وان أو عرض
أو [illegible] كال أو يوزن يرجع الى أن يكون الغريم مخيرا ومعنى ذلك انه يدخله الخيار في فسخ
الدين في دين وذلك [illegible] أما ما يرجع الى [illegible] فانه يقوم بجنس الدين فلا يدخله [illegible]
[illegible] (مسألة) ومن تحمل بمال لرجل الى أجل [illegible] الاجل [illegible]
[illegible] الغريم [illegible] اذا كان الغريم [illegible]
[illegible] الغريم [illegible] الاجل [illegible] لا يحل الذي [illegible] يؤخذ من ماله
[illegible] الدين [illegible] القول الاول [illegible]
[illegible] الغريم ووجه القول الثاني [illegible] ولا [illegible] الدين [illegible] اذا كان الغريم [illegible]
[illegible] الاجل (فرع) ولو مات الحميل [illegible] أن يحاص الغرماء
[illegible] ابن القاسم في المدونة ووجه [illegible] الدين [illegible] وجب أن [illegible] الغرماء في ماله
[illegible] (مسألة) ولو مات الحميل عند الاجل [illegible] ابن القاسم [illegible]
[illegible] الغريم [illegible] مال الحميل [illegible]
الغريم لم يكن [illegible] طالب الغريم [illegible]
[illegible] الغريم [illegible] من ماله وان لم يكن [illegible] الحميل [illegible]
[illegible] الاجل [illegible] الغريم [illegible]
[illegible]
[illegible] الاجل [illegible]
[illegible] الحميل [illegible]
[illegible] الاول [illegible]

عن ذمة الغريم بالحالة وأما أخذ الحميل وثيقة فجعله كالرهن فليس الحميل عليه ضياع الرهن والله أعلم
وجه ذلك أن موت الحميل مع كونه غنيا لا يوجب رجوع الطالب على الغريم بل له على قول ابن
القاسم أن يتعجل من ماله دينا وعلى قول ابن الماجشون يوقف من ماله بقدر الدين فحكم الحالة باق
على القولين والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله يرجع على غريمه الأول لفظ الرجوع يقتضي ظاهره أنه قد كان تعلق بمطالبة الحميل
أولا وأنه كان له ذلك وهو يكون على وجوه منها على قول مالك الأول إن له أن يبدأ بمطالبة الحميل إن
شاء فإن مات الكفيل أو أفلس قبل أن يستوفي منه كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم ومنها إذا ابتاع
من الغريم سلعة أو أسلفه مالا كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم ومنها أنه إذا ابتاع من الغريم وأخذ [illegible]
منه حميلا وشرط أن له أن يأخذ أيهما شاء فظاهر رواية [illegible] عن ابن القاسم في [illegible] أن ذلك
وجه الطالب [illegible] رواية أشهب عن مالك في العتبية والمواز ية فعلى هذا أيضا إن شاء أن يبدأ بالحميل أو [illegible]
كان له الرجوع إلى مطالبة الغريم [illegible]
الحميل [illegible] الاستيفاء [illegible]
وقوله يرجع على [illegible]
يبطل [illegible] موت الحالة [illegible] ولا يكون له مطالبة المحيل والله أعلم [illegible]

[illegible] إذا ابتاع ثوبا [illegible]

[illegible]

﴿ القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب ﴾
قال يحيى سمعت مالكا
يقول إذا ابتاع الرجل
ثوبا وبه عيب من حرق
أو غيره قد علمه البائع
فشهد عليه بذلك أو أقر
فأحدث فيه الذي ابتاعه
حدثا من تقطيع ينقص
من ثمن الثوب ثم علم المبتاع
بالعيب فهو رد على البائع
وليس على الذي ابتاعه
غرم في تقطيعه إياه

فيه عن قوله أصل ذلك إذا لم يحدث عنده عيبا (مسئلة) فإن ادعى المبتاع على البائع التدليس وأنكره البائع وادعى النسيان ولم تقم بينة له بشيء من ذلك فقال ابن القاسم يحلف البائع على ما قال ويخير المبتاع بين أن يرد المبيع ويدفع العيب الحادث ويأخذ الثمن أو يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب القديم وروى ابن المواز عن مالك لا يحلف البائع حتى يخير المبتاع فإن اختار الرجوع بقيمة العيب لم يحلف البائع إذ لا فائدة في استحلافه لأن حاله في الرجوع بقيمة العيب في التدليس وغيره حاله واحدة عند من يرى التخيير ثابتا في التدليس وإن أراد الرد حلف البائع فإن حلف رد المبتاع مع المبيع قيمة العيب الحادث وجه قول ابن القاسم تقديم اليمين أن التخيير لا يثبت الحكم به إلا بعد اليمين وأما قبل اليمين فحكم التدليس ثابت عند جماعة من أصحابنا العراقيين وقد تقدم ذكره فإذا حلف بطل حكم التدليس ولزم الحكم بالتخيير ووجه قول مالك أن التخيير ثابت دون اليمين في العيب الحادث ولا معنى لليمين إلا إذا أراد أن يثبت العيب الحادث على المبتاع وإنما ذلك في الرد فإذا لم يختر الرد فلا معنى لها لأن اليمين لا تغير شيئا [illegible] والامساك والرجوع بقيمة العيب القديم وهذا القول أجرى على قول ابن القاسم في إثبات التخيير مع التدليس وقول ابن القاسم في هذه المسئلة أجرى على قول ابن المواز وأصبغ في إسقاط حكم التخيير مع التدليس وإنما ألزم الذي اليمين لأنه يمكن أن يكون عالما [illegible] فإذا أنكر [illegible] والله أعلم وأحكم ص (قال مالك وإن ابتاع رجل ثوبا به عيب من خرق أو عوار فزعم الذي باعه أنه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الخرق أو العوار من الثوب ويمسك الثوب فعل وإن شاء أن يغرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو في ذلك بالخيار فإن كان المبتاع قد صبغ [illegible] فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يوضع [illegible] الثوب وإن شاء أن يكون شريكا [illegible] الثوب وفيه [illegible] أو العوار [illegible] واحد [illegible]

[illegible]

قال وإن ابتاع رجل ثوبا به عيب من خرق أو عوار فزعم الذي باعه أنه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الخرق أو العوار من ثمن الثوب ويمسك الثوب فعل وإن شاء أن يغرم ما نقص القطع أو الصبغ من ثمن الثوب ويرده فعل وهو في ذلك بالخيار فإن كان المبتاع قد صبغ الثوب صبغا يزيد في ثمنه فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وإن شاء أن يكون شريكا للذي باعه الثوب فعل وينظر كم ثمن الثوب وفيه الخرق أو العوار فإن كان [illegible] درهم [illegible] وإن [illegible] الصبغ [illegible] كانا شريكين في الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب ذلك يكون أثمان الصبغ [illegible] من الثوب

فثبت له تلك القيمة في الشركة فلما كان في مسئلة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع الى الآخر قيمة ماله ويخرجه شاركا عند الاباية بقيمة الصبغ وقيمة الثوب ولما كان في مسئلة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع الى المشتري قيمة صبغه ويخرجه عنه لم يثبت للصبغ فيه بما زاده وانما ثبت له قيمته مع الثوب ويكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه لان للمبتاع أن يدفع اليه عوضه ويخرجه عنه وذلك ان المشتري ليس له أن يرد الثوب بالعيب فاما فيما شاركه بقيمة الصبغ وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قد رد اليه ثوبه ناقصا بالنقص الذي أحدث فيه بالصبغ ولم يرد اليه ذلك النقص فلذلك جبره بالصبغ وشاركه بما زاد الصبغ على قيمة الثوب والله أعلم وأحكم

﴿ ما لا يجوز من النحل ﴾

﴿ ما لا يجوز من النحل ﴾ * حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حميد ابن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير انهما حدثاه عن النعمان بن بشير انه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه

ش ﴿ يحيى بن مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف و [illegible] بن النعمان بن بشير انهما حدثاه عن النعمان بن بشير انه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه ﴾ ش قوله ان أباه بشيرا أتى [illegible] الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما النحل العطية [illegible]

[illegible]

في المدونة وقال عيسى [illegible] في العتبية من تصدق بماله كله على بعض ولده لا أراه جائزا وقال
سحنون في العتبية إذا [illegible] بكل ماله ولم يكن فيما أبقى منه ما يكفيه ردت صدقته وإن كان في ماله ما
يكفيه لم يرد وقال مالك [في] العتبية والموازية يجوز للرجل أن يتصدق بماله كله في صحته وقد فعله
أبو بكر الصديق وقال ابن القاسم من تصدق بماله كله على بعض ولده أكرهه فإن فعل وحيز عليه
لم يرد بعد وقاله أصبغ وابن المواز لا يرد ووجه القول الأول ظاهر الحديث وأنه نحل بعض ولده
فأمره برده وقد حمل يحيى بن يحيى ذلك على الكراهة فروى عيسى عن ابن القاسم أنه قال إنما أمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالرد خيفة كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض فقال ابن يحيى وأهل
العلم يرون ذلك جائزا في القضاء لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفسخه وإنما نبهه إلى ذلك وإلى
هذا ذهب القاضي أبو محمد أنه يكره للإنسان أن يعطي بعض ولده جميع ماله واحتج بحديث النعمان
ابن بشير ويجوز أن يعطيه بعض ماله واحتج بحديث أبي بكر إذ قال لابنته عائشة إني كنت نحلتك
جاد عشرين وسقا قال والفرق بينهما أنه إذا وهب البعض لم يولد ذلك عداوة لأنه قد بقي ما يعطي
الباقين وإذا أعطى الكل لم يبق ما يعطي الباقين فثبتت الأثرة وأدى ذلك إلى العداوة والعصيان
[illegible] ومع ذلك فوجب أحدهما الكل نفذ وإن كان مكروها خلافا لأحمد بن حنبل وقد بينا
[illegible] ذلك قال القاضي أبو الوليد [illegible] إذا أعطى البعض على سبيل الإيثار أنه يكره
وإنما [illegible] ذلك ويعري من الكراهة إذا أعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم أو
[illegible] والله أعلم فإذا قلنا بالرد فتأويل الحديث
[illegible] بعض البغداديين [illegible] أن الإنسان ممنوع من ماله لحق
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] أي في رده [illegible] والله أعلم [illegible]
[illegible]
[illegible] مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة
زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله
[illegible] فلما حضرته الوفاة قال [illegible] ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي
[illegible] فلو كنت جددتيه واحترتيه كان لك وإنما هو
اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله تعالى قالت عائشة [illegible]
[illegible] الأخرى [illegible] أبو بكر ذو بطن بنت خارجة
[illegible] عشرين وسقا [illegible]
[illegible]
[illegible]

---

* مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحترتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله قالت عائشة فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجة أراها جارية

في حديث النعمان بن بشير بعض الوجوه التي قدمناها في تفسيره وان عطيته لعائشة رضي الله عنها
لم يكن على شيء من ذلك وانما كان لفضل عائشة على سائر اخوتها ولذلك قال لها ليس أحد أحب
الي غنى بعدي منك وفي العتبية عن مالك في الرجل يكون له الولد فيبر بعضهم فيريد أن يعطيه عطية
من ماله دون غيره لا بأس بذلك

(فصل) وقوله من ماله بالغابة موضع وذلك يقتضي صحة الهبة وان لم يقترن بها قبض وانما
تنعقد الهبة والصدقة بقول الواهب قد وهبته لك وبقول المتصدق قد تصدقت به عليك وبقول الموهوب له
أو المتصدق عليه قد قبلت وأن يؤخر القبض فيلزم ويجبر الواهب والمتصدق على التسليم خلافا لأبي
حنيفة والشافعي في قولهما لا تنعقد الهبة الا بالقبض والدليل على ذلك قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا
أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالكلب
يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى انه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده الى القبض كالبيع

(فصل) وقولها فلما حضرته الوفاة قال يا بنية والله ما من الناس أحد أحب الي غنى بعدي منك [illegible]
مرض مرضه الذي توفي [illegible] من أسباب الموت فانه من باب الوفاة قال له القول [illegible]
[illegible] المأيوس لها والا [illegible]
من ذلك ما ذكره بعد هذا وقوله أحب [illegible]
الموت ويحتمل أن يريد [illegible]

(فصل) [illegible]

[illegible]

والثاني أن تكون من أرض المزارعة والعمل فأما الضرب الأول فقد قال أصبغ في كتاب ابن حبيب الاشهاد فيما لا يعمل فيه حيازة كالدين والشيء المهمل ووجه ذلك أنها عطية كمل فيها العقد اللازم وليست في يد المعطي ولا فيما ينوب عن يده فلم يفتقر الى مباشرة القبض كالدين (مسئلة) وأما ان كانت من أرض الزراعة فلا تخلو أن تكون الهبة في غير ابان العمل أو في ابان العمل فان كانت في غير ابان العمل أخر أمرها أن تكون محدودة وفي كتاب الهبة ويشهد بتسليمها اليه وأتم من ذلك أن يقف بالهبة على حدودها ويشهد مع ذلك على قبضها قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام الحرث وأشهد على الحيازة ثم مات بعد ذلك بنحو شهر ولم تحدث المرأة فيها حدثا ولا غرسا ان كان لها عذر بين مثل ان تحتاج أن تكريها لمن يعمل أو احياء بحرث أو احياء أو غرس أو اصلاح أو نحو ذلك فالصدقة ماضية ووجه ذلك انه لا يمكن فيها غير هذا من الحيازة فأشبه ما لا يعمر من الارض (فرع) وهذا انما يكون حيازة في مثل هذه الارض اذا فاتت حيازتها المختصة بها بفوت الوارث أو مرض من الموت فأما ان بقي الواهب حيا حتى يجيء وقت عملها فلم يعملها الموهوب له ولا تعرض لعملها حتى مات الواهب فان الهبة تبطل رواه ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك ان مالا يسمل ولا يحول فان الحيازة له بالعمل فمتى اذا أمكن بالحيازة في أرض العمل فهي انما تفوت اذا جاء ابان عملها وترك الموهوب له العمل فيها مع ادراك حيازتها (فرع) فان تعرض الموهوب له للعمل فمنعه الواهب لم تبطل تلك الحيازة قاله أصبغ لان الذي أمكنه من الحيازة التعرض للعمل وقد وجد منه فاذا منع من العمل مانع بعد عالمه فهو على هذه الا أنه يجب أن يكون من الطلب والسعي في التمكن من العمل على حالة يعلم بها أنه غير تارك للعمل (فرع) فان منعه من العمل ضعف بلا لو أن تكون ضعف عن البقر والآلة مع التمكن من أن يكري أو يساقي أو يعري [illegible] [illegible] [illegible] كلها فان كان ضعف في الآلة مع التمكن من العمل بالكراء والا كراء أو المساقاة والارفاق [illegible] عن ابن القاسم وقاله أصبغ وزاد ما لم يسمع بها المتصدق (مسئلة) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] فالثمرة للواهب كالسقي وحوز الموهوب له فيه [illegible] والسقي في مال الواهب وكذلك [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] فان مات قبل ذلك [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] في [illegible] فان مات [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ويكون الثمرة للمعطى [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ([illegible]) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] المعطى [illegible] حتى [illegible] تلك حيازة [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ابن القاسم وكذلك الصوف [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] المعطى أو [illegible] ذلك وليس للوارث فيها في [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] والثمرة وأما [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] الولادة [illegible] [illegible] ذلك في [illegible] [illegible] بخلاف [illegible] والزرع فان الثمرة [illegible] ولا

المتيقن ووجه قول ابن القاسم أنه نماء حادث في العين ينفصل منه فكملت العطية فيه بقبض الأصل كالصوف والثمرة ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه أن العتق أقوى من الهبة لأنه مبني على السراية فإذا لم يتعجل العتق في الجنين قبل الولادة فبأن لا تتعجل فيه الهبة أولى وأحرى وفي المدونة عن ابن القاسم في الذي يهب للرجل ما تلد جاريته عشر سنين أن ذلك جائز إذا قبض الجارية أو وضعت له على يد حائز له كالنخل يهب ثمرها (مسئلة) وأما هبة ثمر النخل فيجوز قبل الإبار وبعده ومعنى ذلك أن هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها أو قبله وكذلك الخيار إذا أسلم الرقبة وفي المدونة عن مالك في الذي يهب ثمرة نخله عشر سنين أن ذلك جائز إن قبض الموهوب له النخل أو جعلت على يدي من يحوزها له وقد قال مالك في المدونة يجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشر سنين [illegible] إذا حاز الموهوب له النخل أو حيزت له ووجه ذلك أن قبض الأصل أكثر ما يمكن من حيازتها وليس للواهب أن يمنع من سقيها (فرع) فإن كانت العطية [illegible] العرية لا يتناول المعري عملها ولا الانفراد بها فقد روى ابن حبيب في العرية لا تصح حيازتها إلا باجتماع أمرين أن يطلع بها ثمر ويقبضها المعري وإن عدم أحد الأمرين قبل موت المعري بطل الإعراء وقال أشهب يجوز الحيازة بوجود أحد الأمرين الإبار أو تسليم العطية [illegible] ومعنى ذلك أن المعري [illegible]

[illegible]

دون الزوج فسكنى الزوجة مع بقاء الزوج ليس يبطلها وإنما اليد للزوج في المسكن فلذلك صح أن تحوزها الزوج مع بقاء الزوجة فيها ولم يصح أن تحوزها الزوجة مع بقاء الزوج فيها ومثل هذا أن يعاين الواهب يسكن عند الموهوب له في تلك الدار أو يضيفه الموهوب له فمرض فيها و يموت فإن ذلك لا يبطل الحيازة قاله ابن المواز زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وإن كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم لأن هذا ليس بسكنى في الحقيقة (مسئلة) فإن رجع إليها على وجه السكنى بكراء أو إرفاق فإن كان رجع إليها بعد المدة القريبة مما يرى أنه قصد إلى أن لا يخرج منها فاتفق أصحابنا على إبطال الصدقة وأما بعد طول المدة فالذي رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه أنه إذا سكنها بعد أن حازها المعطى السنة فأكثر فإن ذلك لا يبطل الهبة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه إذا رجع إليها المعطي بكراء أو إسكان بعد حيازة المعطى المدة الطويلة ومات فيها فإن الصدقة تبطل ووجه القول الأول أن المعطى إذا كان مالكا أمره وحاز السنة حيازة يستغني بها الهبة فقد صحت الهبة وكملت فلا يضرها ما حدث بعد ذلك من سكنى المعطي ووجه قول ابن الماجشون أن رجوع الواهب فيما وهب مما كان عليه من السكنى [illegible] فيها على ذلك يبطل الحيازة أصل ذلك إذا كان الموهوب له صغيرا وأما إن كان الابن صغيرا فحازها الأب أو غيره ثم رجع الأب الواهب فسكن أكثر [illegible] أو يكرون لأنه [illegible] فهي باطلة قاله ابن المواز لا يختلف في ذلك قول مالك وأصحابه ووجه ذلك أن الكبير الحائز لنفسه يقدر على منع الأب الواهب من ذلك فلا يعد رجوعه إليها رجوعا في عينه والصغير لا يقدر على ذلك وليس بحيازة الأب حيازة تامة لأنه قد يطرأ [illegible] فلذلك بطل الهبة برجوع الأب إليها (مسئلة) فأما إن كان لا يسكنها الواهب [illegible] الحكم [illegible] الأرض [illegible] بالغلق واليد [illegible]

[illegible]

(مسئلة) وأما الحيوان وكل ما ينقل ويحول [illegible]

[illegible]

وبيّن وجهاعن بدالمعطى (فرع) وهذا فيما يستعمل غالبا على الوجه من الاستخدام والاستعمال
وأما ما استعمل منفردا كالعبد يخارج ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك في امرأة تصدقت بأمة
لها صغيرة على ابنها وله مال فلم يحزه الأب ولا الولد حتى ماتت الام ان ذلك يبطل فأما الغلام الذي هو
للخراج فان ذلك ليس بحوز للصبي وأما الغلام الذي انما هو للخدمة فخدمته يختلف معه ويقوم في
حوائجه فانه حوز وكذلك لو على أبوه الغلام وهو مع أبيه لكان اختلافه معه وخدمته له حوزا قال
مالك في العتبية وان خدم الأب مع الغلام الى ان مات الاب فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم
فيمن تصدق على أم ولده بخادم واسمها تكون معها في البيت فلا ...يأذن كل ذلك حوز وأما
العبد يخارج والدار تسكن والثمر وما هو بائن عنهما فلا بد أن يحوزه فيأخذ الخراج من العبد
ويخرج الساكن من الدار ويجني الثمر ونحو هذا وأما العروض والعين والأمر والعار
ونحو هذا حوز له أو الافلاس لها وقال أصبغ الاشهاد حوز وان كان ذلك في يده وان لم يعرف
الناس ولا العار (فرع) وأما ما وهب لابنه الصغير ففي العتبية عن أصبغ ان ... في
... فاختلف العبد ... الأمر وأمر ...
ومن ملك ومن ... ذلك أثر ويكون حيازة وصدقه

(فصل) وهذا اذا كانت الهبة ... والمعطى حاضرا فان كان المعطى ... او
...

وان لم يشهد بذلك ففي المدونة من مات منهما رجعت الى ورثة المعطي وفي كتاب ابن حبيب من مات
منهما رجعت الى ورثة المتصدق وهو معنى ما في كتاب ابن حبيب انه ان مات المعطي بطلت الهدية ورجعت
الى ورثته وان مات المعطى صحت الهدية فكانت لورثته وما في المدونة نص وقد قال أشهب في كتاب ابن
المواز مبينا مفسرا ان من مات منهما فلا حق فيها للمعطى ومعنى ذلك ان عدم القبول يفسد الهدية
وان كان المهدي حيا (فرع) فاذا قلنا ان الاشهاد يقوم مقام الحيازة فقد قال أشهب عن مالك لا
يكفي في ذلك أن يذكر ذلك للعدول حين الشراء أو غيرهم حتى يشهدهم والذي يجري من الاشهاد
قال محمد بذلك اذا قال اشهدوا علي فهذا اشهاد تام وقال ابن عبد الحكم عن ابن القاسم انه ان قال
لرسولين ادفعا ذلك الى فلان فاني وهبته ذلك فهي شهادة وان لم يذكر فان ... فليس بشيء وروى
ابن القاسم وأشهب عن مالك ان ذلك لازم وان شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدهما على ذلك اشهادا
أو يصل ذلك الى المعطى في حياة المعطي ووجه القول الاول انه اذا سمعا منه ما يقتضي تمليكها فان
ذلك يقوم مقام الاشهاد بها في الانسان انما يمكن من تمليكها بقوله ان ... أمر
... الى المعطى يقوم مقام الاشهاد بها ووجه القول الثاني انه لا يجري الا القصد الى
الاشهاد فان ذلك أكثر ما يمكن أن يفعل في أمر ... بذلك العدول حين الشراء أو
بعد ذلك ولم يقصد الاشهاد فان وصلت الهدية في حياة المعطي فهي له وان مات قبل ذلك فانها لا تكون
... (مسئلة) وان كانت الهبة
... المعطى ... روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ...
... على رجل ... المعطي ... المعطى ... لانه
... المعطى فلا شهادة ... (مسئلة) ومن كان له ...

[illegible]

بتل رقبته للآخر وجه القول الأول أن يد الساكن ليست بيد المعطى فجاز أن يجوز للمعطى كما
لو كان الاسكان والعطية في فور واحد ووجه القول الثاني أن الساكن لما تقدمت عطيته وتقدمت
حيازته لنفسه لم يكن حائزا للعطية كالمعطى (مسئلة) ومن وهب ما عند المعطى بعارية أو وديعة أو اجارة
فقبول المعطى قبلت حيازة وإن كانت الهبة بغير ذلك [illegible] وأما إذا كان ذلك بيد غير المعطى بأحد
هذه الوجوه فقد قال أشهب في كتاب ابن المواز ذلك حوز إذا أشهد وقال ابن القاسم إن ذلك إذا كانت
بيد رجل [illegible] بيده حيازة أو عارية فهو حوز للمعطى وإن مات المعطى وأما في الاجارة فلا
يكون حوزا إلا أن يشترط أن الاجارة له مع الرقبة [illegible] وبذلك قال محمد وقول ابن القاسم [illegible] ووجه
القول الأول أن المستأجر قابض لنفسه فلا يمنع ذلك صحة الحيازة للمعطى كالمعار ووجه القول الثاني
أن المعطى بأخذ عوض المنافع في الاجارة صارت يد المستأجر يده وذلك [illegible] (مسئلة)
ولو وهبه ما بيد غاصبه لم تكن حيازة الغاصب له حيازة رواه محمد عن ابن القاسم [illegible]
أصبغ وقال أشهب ذلك قبض وحيازة للمعطى قال محمد وهو أحسن لأن الغاصب [illegible]
عليه محوز بالاشهاد ووجه قول ابن القاسم أن يد الغاصب يد [illegible]
المعطى ووجه قول أشهب [illegible] المعطى [illegible] المعطى والمعطى
[illegible] حيازة المعطى كالارتهان المودع والله [illegible] (مسئلة) ولو [illegible]

[illegible]

أعلم (مسئلة) ومن تصدق بدار ثم أنكر ذلك فخاصمه المعطى وأثبت بينة فحكم له بها فلم يقبضها
حتى مات المعطى فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس الحكم بحوز كما لو أخذ المعطى ومات
قبل أن يقبضها المعطى وقال أصبغ ومطرف هو حوز كما لو أقام البائع يطلب سلعته في المفلس
وتعوق بينة فموت المفلس قبل الحكم أنه يقضى له بها وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب من
أن المفلس لا يقبل إقراره لخصمه وأما بيد المعطى فإنها بسبب إقرار المعطى ووجه قول مطرف أن
منع المعطى العطية مع طلب المعطى لها ليس بأبين من إذنه لها ثم يموت قبل أن يصل إلى المعطى
وذلك لا يمنع الحيازة فمنعها أيضا عذر تصح معه الحيازة وقد وجد من المعطى القبول والطلب الذي
يقوم مقام القبض والذي بعث إليه بالهدية لم يوجد منه قبول ولا طلب ولا يقضى بحيازته لعدم المساواة
في مسئلة الأولى وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم إذا وقف الإمام العطية حتى ينظر في حجتها
فإنه يقضى له بها كما لو قام في المفلس في سلعته فلم يقض له بها حتى مات المفلس فقد قال مالك البائع
أحق بها وبأن أسهب أما إذا قال القاضي بين الواهب وبينها حتى لا يحوز حكمه وبها فيقضى بثابت
بينة بها كما كان يقضى في حياته وأما إن لم يكن الواهب منع منها المعطى فلم يطلبها فهي باطل
(مسئلة) ولو باع المعطى الهبة ولم يقبضها المشترى حتى مات المعطى قال مطرف وابن الماجشون
البيع حيازة وقاله ابن وهب عن مالك وقال أصبغ ليس البيع بحيازة ولا يجوز ذلك إلا العتق وحده
وجه قول الجمهور أن البيع إخراج من الملك فأغنى عن الحيازة كالعتق ووجه قول أصبغ أن
العتق مبنى على التغليب والسراية ويؤثر في غير ملكه وذلك إذا أعتق حصة من عبد فإنه يعتق عليه
سائره وليس كذلك البيع فإنه لا يسرى إلى غير ملكه فلم يغن عن الحيازة (مسئلة) ولو وهبه
[illegible] مات المعطى [illegible] روى ابن وهب عن مالك أن الهبة حوز و[illegible] قال مطرف وقال [illegible]
[illegible] لا يسكن [illegible] حيازة لأن [illegible] إلى [illegible] القول الأول [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الأول [illegible]

([illegible])

[illegible]

الرواية الثانية في الفرق بين الصدقة والهبة والحبس أن الصدقة والهبة لجماعة مقتضاها القسمة فجاز أن يبطل بعضها ويصح بعضها والحبس باق على القسمة لأن الرقبة باقية على ملك المحبس وإنما تقسم الغلة فإذا بطل بعض الحبس لعدم الحيازة بطل جميعه (مسألة) وأما ذهاب العقل في العطية من رواية عيسى عن ابن القاسم في امرأة تصدقت بصدقة أو بتلت في صحتها فلم تحز منها حتى ذهب عقلها أنها باطلة كالموت والتفليس ولعله يريد بذلك أن تكون موقوفة فإن برئت من ذلك قويت على صدقتها وإن اتصل ذلك بموتها بطلت الصدقة بموتها وقد روي هذا اللفظ وإنما يريد به معنى الحيازة وكذلك روي عن أصبغ في العطية إذا مرض المتصدق مثل الجنون فقد بطلت وإنما يريد بذلك أن يتصل مرضه بالموت ولو صح من مرضه لكان على صدقته (مسألة) وأما المفلس فإذا حجر عليه قبل حيازة العطية بطلت قال أصبغ في العتبية إن كانت هبته بعد أن أكثر من الدين أن

[illegible]

فيل أن يأخذه منه الفقير فلا شيء عليه فأما القول الاول فيبني على ما نص عليه أشهب من ان الصدقة تبطل وأن البيع الحادث قد منع من الحيازة وأما القول الثاني فيبني على ان الصدقة صحيحة فان قام المعطى على اثر ذلك ولم يفرط بابطال البيع لكون العطية ملكا له وان ترك ذلك كان كمن باع ملكه وهو عالم فلم ينكر وله الثمن الا انه لما كان أصله الهبة والعطية ولم يتقدم فيه حيازة فان بيعه قبل فوات الحيازة يوجب المعطى كملت العطية والا بطلت ولذلك قال مطرف انه لو كان المعطى غائبا فتقدم في حياة المعطى كان مخيرا بين رد البيع أو أخذ الثمن وقد روى ابن حبيب والعتبي مثل ذلك عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أعطاها الواهب لرجل آخر قبل ان يقبضها الاول فان حازها الثاني فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم الاول أولى و رجع من الثاني قال ابن المواز اشهب يقول والحائز أولى وهو قول المغيرة في المدونة وجه القول الاول أن المالك الاول أحق به ووجه القول الثاني ان الهبة الثانية لما قويت بالحيازة صارت كالبيع حتى قدم البيع على الهبة لزمه مثل ذلك في الهبة الثانية اذا قارنها الحيازة واذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال أصبغ في العتبية ان كان المتصدق عليه علم بالصدقة فلا شيء له وان كان لم يعلم أو علم ولم يفرط وقدم المتصدق فاحتاج بان تصدق بها على غيره فالاول أحق بها ان أدركها بعينه وان فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها وان فاتت (مسئلة) وان كانت الهبة عبدا او أمة فأعتقها الواهب او [illegible] من القبض أو استولد الأمة فقد قال ابن القاسم ينفذ العتق والا [illegible] ولا شيء للمتصدق عليه وروى عبد الملك بن الماجشون عن ابن وهب يرد العتق واذا حلف [illegible] عليه القيمة وجه القول الاول ما بني عليه العتق من التغليب والسراية ووجه قول ابن وهب ان الهبة تقتضي التمليك فلا يصح ان يعتق المالك كالبيع وعليه في الامة القيمة لانها [illegible] (فرع) اذا قلنا بقول ابن القاسم وكان الواهب العبد أو دبره أو أعتقه الى اجل فقد قال أصبغ [illegible] من ذلك [illegible] للمعطى في خدمة المدبر ولا [illegible] ولاره [illegible] وان [illegible] عن ابن القاسم ولو [illegible] فالمدبر للموهوب له [illegible] وأما العتق وما كان في معناه فانا [illegible] (مسئلة) وان كان المعطى [illegible] (فرع) [illegible]

[illegible]

(فصل) وقوله [illegible] كما [illegible] أن يكون [illegible]

(فصل) [illegible]

ويحتمل أن يريد بما ترثين السوية أنت وأخواك وأختاك يريد أن الناس يشاركونك في هذه
العطية إنما أحوجك على معنى التسلية لها لما صار إلى غيرها من ذلك فإن يتيسر لهم ذلك من
تبرك عنها فقال لو كان كذا وكذا لتركته ويحتمل أن يريد لتركته إذا لم أستعمه ويحتمل
أن يريد لتركته وإن كان لي ممن ذكرته من أخواته الغنى والخير ممن يشفق عليه
(فصل) وقوله إنما هما أختاك الأخرى لما لم يعلم لنفسها أختا غير أسماء فقال لها ذو بطن بنت
خارجة يريد أن حمله بوجه ويقال إن اسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك
الخزرجي فقد قيل فيها جارية قال ابن مزين قال بعض فقهائنا وذلك لرؤيا رآها أبو بكر أولها
ذلك وهذا لا يمنع قوله ذو بطن بنت خارجة فسميت أم كلثوم والله أعلم ص (مالك عن ابن شهاب
عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون
أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وإن مات هو قال هو لابني
قد كنت أعطيته إياه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطلة) ش
[illegible]

مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وإن مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته إياه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطلة

ولا ابتياعه به إلا أنه لما نسبه بمثله السفر عن حرب عنه الدار نسبه اقتضى ذلك أن ابتياعه بها بعد أن
حرب عنه لا يبطل الحيازة واقتضى ذلك على مذهب مالك أن قبض الأب لها بعد حيازة الأجنبي
لا يبطل الحيازة وإنما يبطلها ابتياع الأب لها وتسلمه إياها والله أعلم وأحكم وجه قول ابن القاسم ما احتج
به من أن الحيازة قد وجدت فيها فلا يضرها ما حدث بعد ذلك كما لو وهبه ديناً له على رجل فقبضه الأب
ومات وهو بيده وقد اتفقا على صحته ووجه القول الثاني أن حيازة الأب لابنه الصغير إنما تصح
وكذلك الغائب عنه وإنما تختص حيازة الغائب به بأن الهبة تتعين بقبضه وإن كانت مما لا يتعين فإذا
استرجعها الأب من يده وصيرها في ملكه بطلت الهبة ولو سلمها للابن الكبير بعد أن تمت حيازتها لم
تبطل الهبة وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن تصدق أو حبس على صغار ولده فجعل
من يحوز لهم فحاز ذلك الأب ثم مات الأب فوجدت عنده فإن ذلك يبطل قال مطرف إلا أن يشهد
الأب أنه رد حيازتها إليه قال ابن الماجشون لا ينفعه ذلك إلا أن يكون حدث فيمن كان يحوزها سفه
فإنه يجوز ذلك إذا أشهد وقاله أصبغ وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم أنه يشترط الإشهاد
في أن يقبضها للحفظ للابن وقول ابن الماجشون كذلك إلا أنه يشترط الإشهاد ضرورة إلى أخذها من
الحائز سفهه واتفقوا على أن لحيازة الأجنبي تأثيراً في صحة الحيازة والله أعلم (مسألة) وأما
الحنطة والشعير وما يكال أو يوزن فقد روى القاضي أبو محمد في قبضه من قبض لابنه الصغير ما في
يده وحازه له من نفسه جاز إذا كان شيئاً معيناً ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام
وسائر المكيل والموزون إلا أن يضعه بيد غيره ويشهد له فإن أمسكها بيده لم يصح وقال أبو حنيفة
يصح قبضه له وإن كان مما لا يعرف بعينه ووجه ذلك أن الأب قد يتلف الذهب والورق أو يتلف عينه
ولا يمكن أن يعرف بعينه فلا يعلم إن كان ما وجد هو الذي كان وهبه أو غيره (فرع) إذا ثبت ذلك
فقد قال الشيخ أبو بكر يجوز أن يحوز [illegible]
[illegible] فكذلك الموت وما [illegible]
[illegible]
[illegible]
أعلم وأحكم (مسألة) ومن تصدق على ابنه الصغير بدار لم يخرج منها حتى مات [illegible]
[illegible] المشتري فقد روى ابن حبيب عن أصبغ [illegible]
[illegible] باسم الولد أو جهل ذلك حتى [illegible]
على ذلك في حياته رد البيع ورجعت الدار للولد وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت [illegible]
[illegible]
[illegible] ويرجع المشتري [illegible]
تركة الأب [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] (مسألة) ومن تصدق على ابنه الصغير

بمائة شاة من غنمه ولم يعينها فعن مالك في ذلك روايتان ففي المواز به والعتبية عن مالك ان لم يسم الغنم
أو يصفها فانما يعرف بأعيانها وأهل البادية يسمون الابل والغنم كما يسمي أهل مصر الخيل لم يجز ذلك
وبه قال ابن القاسم ومطرف وفي كتاب ابن المواز وابن حبيب قال أصبغ وقد كان يقول اذا ذكر
عدة من غنمه أو جملة وترك ذلك شركة فهو جائز ثم رجع عنه زاد في العتبية هو وأصحابه قال ابن حبيب
وبهذا أخذ ابن وهب وابن عبد الحكم وابن الماجشون والمغيرة وابن دينار واستثنى ابن الماجشون
العبد والمسكن والملبوس فانه يبطل بنفاد السنة أو سكنه وجه القول الاول انه اذا لم يعين بها فانه لا يدفع
خيارها لانه انما يتصرف في نفسه فيها فلا يصح قبضه لولده كالرهن المشاع أو في يد الراهن لم يدفع
الخيار فيه ووجه القول الثاني ان القبض والتسليم يصح والفرق بين العطية والرهن [illegible] الأب
لابنه الصغير العبد ولا يجوز أن يحوز ما وهبه اياه (مسئلة) [illegible]
[illegible] أو وصف [illegible] قال القاضي أبو [illegible]
والأحرى الابطال [illegible]
وجاز ذلك الأب [illegible]
رواه أصبغ عن ابن القاسم [illegible] في الموازية عن مالك [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

شيوخنا وقاله أبو عبد الله بن العطار وقد بسطت القول فيه في كتاب السراج فأما الصغير فإن
حد الصغر يذكر في الحسابات إن شاء الله تعالى ولم يختلف في الصغير أنه إذا بلغ لم يدفع إليه ماله حتى
يؤنس رشده بالله محمد خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يدفع إليه ماله بنفس البلوغ والدليل
على ذلك قول الله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم
أموالهم فجعل تعالى إيناس الرشد شرطا في دفع المال إليهم بعد البلوغ ومن جهة المعنى أن الصغير إنما
يحجر عليه لإفساد المال وتأثير الرشد في حفظ المال أكثر من تأثير البلوغ فإذا روعي البلوغ فبأن
يراعى الرشد أولى وأحرى (مسئلة) وأما البكر البالغة فحكمها حكم الصغير في الحجر ما لم تعنس
فإن عنست ففي كتاب ابن المواز عن مالك في البكر يجوز رهنها أبوها إذا عنست وقال أيضا إلا أن
يكون عنست ورضيت ووجه القول الأول أنها بكر ذات أب فلزمها حجره كالتي لم تعنس ووجه
الرواية الثانية أنها بالغة رشيدة مشهورة بما يزيل عنها الحجر كالثيب (فرع) إذا ثبت ذلك فقد
قال ابن شعبان الحكم في المواز يجوز رهنها ما لم تبلغ التعنيس الكبير فإذا بلغت الخمسين والستين
فهذه يجوز لها نفسها ولا يلي لها الأب يجوز لها نفسها وهي كالتي تلي مالها ولا يزوجها أبوها إلا برضاها فإن
زوجها بغير رضاها لم أمضه وروى ابن القاسم عن مالك يجوز حيازته عليها وإن رضي حالها
[illegible] قال ابن القاسم ما لم تعنس جدا [illegible] لم يجز له نفسها فلا
[illegible] الاتفاق على أن [illegible] الكبر [illegible] الخمسين والستين [illegible] الاختلاف منهم
في طاهر الأمر [illegible] التعنيس الأول [illegible] وما زاد عليها الزيادة [illegible] لم [illegible]
[illegible] وقال ابن القاسم إذا [illegible] والدها لم يكن له أن [illegible] ولا [illegible] ولم
[illegible] وقال [illegible] مالك لا يجوز [illegible] وقال في [illegible] من مالك التي بلغت أن تعنس [illegible]
[illegible] دال [illegible] ولا وصي ولا ولي من
[illegible] لطان فلم [illegible] الاحتلاف [illegible] لأنها [illegible] تعنيس واسدا
[illegible] (مسئلة) وأما [illegible]
[illegible] قال [illegible] طرال [illegible]
[illegible] مطرف [illegible]
[illegible] وهذا [illegible] وأما في [illegible]
[illegible] البصري [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الحمارة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

أن هذا حكم هذه الهبة وإن كانت لغير ثواب لأن حكم هبة الثواب يخالف حكم هذه الهبة وهذا يدل على أن مالكا كان يقول بدليل الخطاب فأخبر أن موت المعطي لا يبطل الهبة وهو الصحيح لأن القبض الذي يبطل الهبة عدمه لا بموت المعطي فورثته يقومون مقامه من القيام بطلبها وإمضاء ما كان له وإنما يبطل بموت المعطي قبل القبض لأن تمام العطية بالقبض وقد فات وقد تقدم الكلام في باقي الباب

﴿ القضاء في الهبة ﴾

ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان بن طريف المري أن عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها ﴾ ش قوله من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة [illegible] أرأيت [illegible] إنما أراد بها الثواب [illegible] على وجه [illegible] المعاوضة فإذا لم [illegible] كان [illegible] [illegible]

﴿ القضاء في الهبة ﴾
مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان ابن طريف المري أن عمر ابن الخطاب قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها

يجوز ذلك في الدنانير والدراهم وهو الأظهر من المذهب فلا يجوز ذلك في ... [illegible] وروى عيسى عن ابن القاسم وكذلك السقاع والثمار والحلي المكسور ووجه ذلك انه ذهب أو فضة لا غرض في هيئته غير سلعة فلا يوهب للثواب وإن وهب فهو مردود كالدنانير والدراهم (فرع) وأما هبة الحلي المصوغ للثواب فأجازه مالك في المدونة والمواز ... قال ابن المواز لا يجوز وهذا يخالف وجه القول الأول ان هذا مما يجوز بيعه وفيه غرض مقصود فجاز أن يوهب للثواب كسائر العروض ووجه قول محمد أن هذه معاوضة ذهب بفضة لا يتناجزها فصار أو يراد غرض غير عين ولا مؤجل فلم يجز ذلك كالبيع

(الباب الثاني فيمن يحمل هبته على الثواب من غير شرط)

الواهب اذا وهب بشرط الثواب فلا خلاف في أن هبته محمولة على الثواب ... [illegible] أو البيع وأما ان وهب من غير شرط ثم ادعى انه قصد الثواب وطلبه فان كانت هبته من جنس ما لا يوهب للثواب كالدنانير والدراهم فدعواه غير صحيح وقوله مردود ولا يلزمه العوض روى ابن المواز عن مالك وروى ابن القاسم وأشهب لا تقبل دعواه انه وهبه للثواب ... [illegible] وهب صحا أو بعيرا وفيه الثواب وأما الذي لا ثواب فيه ... [illegible] مالك وان قام بطلب مثه ثوابا لم يعط قاله أشهب وابن القاسم ووجه ... أن الدنانير لا غرض في أعيانها وانما توهب ... وانما تكون العرض في عينها ... السعر والعروض والحيوان والعقار واما الثياب ... [illegible]

[illegible]

(فرع) فان كان قد فات فلا ... [illegible]

[illegible]

لا يلزم الواهب، ونحوه في العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك وقال مالك ليس له أن يرجع وإن لم تخرج من يده وإذا أعطاه القيمة فليس له أن يقول أنا راض وهذا قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون وهو معنى قول عمر رضي الله عنه فهو على هبته ما لم يرض منها يريد يعطى قيمتها * قال مالك أما ثواب مثلها أو ردها فمعنى قوله ما لم يرض منها على قول مطرف ما لم يأخذ ما يرضيه وإن كان قد أعطى أكثر من القيمة ومعناه على قول مالك ما لم يعط ما هو رضا بها عند الناس وذلك القيمة والرضا بها يعتبر في وجهين القدر والجنس فأما القدر فقد تقدم ذكره وأما الجنس فروى ابن المواز عن أشهب لا يلزم الواهب ما أعطى من غير العين إلا أن يتراضيا على ما يجوز وفي المدونة لابن القاسم ما أثابه من السلع مما يثاب بمثله فذلك يلزم الواهب إذا كانت فيه قيمة الهبة وكان مما يتعاطاه الناس في ثواب الهبات بينهم ولا يلزم أن يثيبه حطبا ولا تبنا إلا أن يكون مما يتعاطاه الناس بينهم في ذلك وجه قول أشهب ما احتج به من أن الذهب والفضة هي أصول الأثمان وقيم المتلفات فلا تكون القيمة إلا منهما عند المشاحة ووجه قول ابن القاسم أن أعواض المبيعات على حسب العرف ولذلك كان في بعض البلاد ورقا وفي بعضها ذهبا وكانت الدية على أهل الإبل إبلا ولو جرت العادة بأن يثاب الواهب بغير العين كان ذلك حكم ثوابها مع ما يستدل عليه من الرغبة ولذلك يجب مع ذلك قدر الثواب وذكر جنسه والله أعلم وأحكم (فرع) فإذا قلنا بقول أشهب فيلزمه أن يخص الثواب بالعين التي تجري في بلد الهبة وتلك السكة لأن المقوم إنما يكون بها دون سائر أنواع العين والسكك فإن قلنا بقول ابن القاسم فعلى حسب ما تقدم فإنه أيضا مصروف إلى اختيار الموهوب له مع العرف (فرع) وهذا مع التشاح وأما مع التسامح والتراضي فإن كانت الهبة لم يتغير جاز أن يعوضه منها كلما يجوز أن يسلم الهبة فيه قال ابن القاسم في المدونة وإن أثابه قطنا لم يجز له [illegible] أن يعوضه منها ثوبا ولو [illegible] إلى أن يعوض [illegible] ولا مما يؤكل ويشرب إلا أن يعوضه مثل طعامه في صفته وجودته وكيله (مسألة) فإن كانت الهبة حليا وقلنا بوجوب الثواب فقد [illegible] فروى ولا أحد [illegible] ولا دنانير وإن كان الحلي من غير جنس الثواب [illegible] أن [illegible] أن يعتبر [illegible] الحلي [illegible] الثواب [illegible] على حلي الذهب ورقا وعلى حلي الورق ذهبا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] حلي الورق [illegible] والله أعلم وأحكم [illegible] مالك [illegible] الأمر [illegible]
[illegible] أن الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فإن [illegible] يعطي
صاحبها قيمتها يوم [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان فإن على الموهوب له أن يعطي صاحبها قيمتها يوم قبضها

الأول انه اعا لزمته الهبة بالقبض لانه ضامن لما ذهب منها وكذلك تكون الزيادة له فيمنعه من الرد كالبيع ووجه القول الثاني ان العقد لما كان لازما في جنبة المعطي دون المعطى وكانت الزيادة للمعطى كان له تركها ورد العطية وأما النقص فهو اتلاف بعض العطية فليس له أن يردها ناقصة فلزمته بالنقصان دون الزيادة (مسئلة) وأما حوالة الأسواق عند ابن القاسم وأشهب فليست بفوت وقال أصبغ اختلاف الأسواق فيها فوت وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان الفوت فيها كالفوت في البيع الفاسد في العروض والحيوان والرباع ووجه القول الثاني ان الهبة للثواب تؤول الى اللزوم بالقيمة فكان تغير الاسواق مفسدا لها كالبيع الفاسد ووجه القول الاول أن هذه هبة يجوز ردها فلم يمنع ردها حوالة الأسواق كهبة الأب لابنه على وجه الاعتصار (مسئلة) والبيع فوت فان رجعت الى المعطي قبل أن تحول الاسواق فهو فوت ولا رد له رواه ابن المواز ووجهه على قول أشهب في البيع الفاسد بين واضح وأما على قول ابن القاسم فان ما تفوت به هبة الثواب فيما تم به العقد الصحيح ويكمل بالقبول مع الايجاب في البيع الصحيح وأما البيع الفاسد فانه لا يتم به البيع وانما رده عما عقد عليه الى وجه من الصحة لعدم الرد وتعذره ولو أمكن ذلك لما وجب امضاؤه فعلى هذا متى وجد ما يفوت به هبة الثواب ويجب به القيمة فقد لزم العقد ثم ولا يثبت بعد ذلك الرد بزوال ما فات به ولا عدمه ولذلك لو التزم قيمتها قبل الثواب لزمته القيمة ولو التزم ذلك في البيع الفاسد لم يلزمه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك انه مما يفوت به البيع الفاسد مما يثبت به هبة الثواب كالزيادة والنقص (مسئلة) (١) الموهوب له لا يهبها فالواهب أحق بها كالبيع الأ أن يشاء الغرماء أن يعطوه قيمتها وأراه يثبت لبعض أصحابنا أن القيمة فيها يوم الهبة قاله ابن القاسم (مسئلة) ومن وهب جارية للثواب فوطئها الموهوب فذلك فوت توجب عليه القيمة وقال ابن القاسم في العتبية روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه انما عليه القيمة اذا لزمه الثواب وان لم يطأها ولم يغير

(فصل) وقوله وعليه قيمتها يوم قبضها يريد انه ليس للموهوب ردها ان اختار ذلك وليس ذلك الواهب قال ابن القاسم الا أن يجتمعا على ردها قال مطرف وذلك انما اذا فاتت انما يلزم الواهب بالشرط فاما اذا فاتت لزمه فاجتمعا ولا التزام الواهب بالشرط فلا خلاف أنها للثواب فلزمهما وان وجد الاختلاف فيما تفوت به فاذا اتفقا بعد الثواب على الرد فان ذلك لعنى الاقالة في البيع (مسئلة) فان اتفقا على الرد جاز ذلك وكيف صفته قال محمد بعد معرفتهما عالزم المعطي من القيمة ثم رجع محمد فقال يجوز رد الدار وان لم يعرف القيمة لانها هبة (٢) الا أن يرجعها له على قيمتها يريد أن يبيعها بالقيمة المجهولة ووجه القول الاول ما احتج به محمد ان القيمة مجهولة فلا تجوز المعاوضة بها ووجه القول الثاني وهو قول ابن القاسم ان رده افسخ العقد الاول فلم يحتج الى معرفة القيمة كالرد بالعيب بعد فوات السلعة بالنقص فان له امساكها بما يلزمه من الثمن بعد طرح ما تفوت قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه من الثمن بعد طرح ما تفوت قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه بعد النقص فان يجوز ذلك مما لا يحتاج الى تقويم واحد أول وأحرى

(فصل) وقوله فان على الموهوب له أن يعطي قيمتها يوم قبضها قال محمد يوم قبضها أصوب رجعت الرواية الاول أن العقود التي لا تلزم ولا تؤول الى اللزوم كذلك بزيادة أو نقصان فانما يراعى يوم القبض كمعقود عليه كالبيع الفاسد لان المعطى انما ضمنها بالقبض ووجه الرواية الثانية ان الهبة قد لزمت

الواهب بالقبول فاذا مات ورثت المعطي وجب أن يرثه بعينها يوم ورثت المعطي لان المعطى له
أن يأخذها بما فيها من الزيادة قبل القبض فيجب أن يكون عليه نقصها قبل القبض كبيع الخيار اذا
رضي مشترط الخيار المبيع فله ما حدث في مدة الخيار من الزيادة وعليه النقص وليس له أن يقول
أنا آخذه ويحط عني نقصه في مدة الخيار وانما قال ان المواريث يوم القبض أصوب لان للهبة الثواب
بالقبض تأثيرا في لزومها لانها لو بقيت في يد الواهب لم تجب زيادة ولا نقصان وانما تجب بذلك اذا
حدث عند المعطي في بيع الخيار وانما يسند الخيار الى العقد لا الى القبض ولان المبيع بالخيار انما
يعتد بعقده بالثمن المسمى والهبة للثواب بالقيمة فوجب أن يراعى فيه يوم القبض كالبيع الفاسد

الاعتصار في الصدقة

ص: قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا الذي لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه
بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيأ من ذلك لانه
لا يرجع في شيء من الصدقة ش وهذا كما قال ان من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك لأمر
نفسه أو الصغير في حجره فليس للمتصدق اعتصار شيء منها لان الصدقة لا اعتصار فيها لانها
على وجه القربة وما كان من العطايا على وجه القربة فلا اعتصار فيه [illegible] ولنا ان العطايا
التي يردها الابن بالعقود انما قال قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له [illegible] ذكر أحد
وجوهها في حيازة الابن الكبير [illegible] وجوهها [illegible] في حجره
[illegible] الاشهاد له بالصدقة ولم يذكر الحيازة [illegible] أحد الوجهين [illegible]
لا يرجع في شيء من الصدقة ومعنى ذلك [illegible]

[illegible]

الاعتصار في الصدقة
قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا الذي لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيأ من ذلك لانه لا يرجع في شيء من الصدقة

عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى ان من لا يلي ماله الاسوليه لم يرجع في هبته كالابن يهب أباه (فرع) فاذا ثبت ان الاعتصار جائز في الهبات والعطايا فان أطلق لفظ الهبة أو النحلة فان له أن يعتصر قاله ابن الماجشون وأصبغ في العتبية ووجه ذلك ان هذه عطية لم يقترن بها ما يخلصها للقربة فجاز فيها الاعتصار كالتي شرط فيها الاعتصار ص

(قال وسمعت مالكا يقول الأمر المجمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه فليس لابيه أن يعتصر من ذلك شيأ بعد أن تكون عليه الديون أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته المال فتنكح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر ذلك الاب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاها أبوها ثم يقول الاب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيأ من ذلك اذا كان على ما وصفت لك) ش قوله الامر المجمع عليه عندنا يريد أهل المدينة على ما ذكرنا السلام ثم قال فمن نحل نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا يختص الولد بذلك لان الظاهر من مذهب مالك انه لا يعتصر الا الابوين من الابن والابنة صغارا كانوا أو كبارا فأما الجد والجدة فاختلف قول مالك فيهما فروى عنه ابن وهب لا يعتصر ولا تلزمه النفقة وبه قال الاخوة ولا تكون بينه نصيب الابن وروى عنه أشهب ان الجد والجدة يعتصران كالابوين وبه قال ابن عبد الحكم وجه القول الاول وهو المشهور من المذهب ان الجد لا تلزمه النفقة فلم يكن له الاعتصار كالعم ووجه القول الثاني انه أدلى بالابوة ويقدم في الميراث على الاخوة كالاب.(مسئلة) اذا ثبت ان الام تعتصر فانها لا تعتصر من يتيم قال ابن المواز الهبة لليتيم للاسماق عليه وحوق [illegible] وهذا معناه انه لله والقربة فلذلك كان حكمها حكم الصدقة وقد روى ابن القاسم عن مالك للام أن تعتصر ما لم يكن لولدها أب ميت وليس للام أن تعتصر اذا لم يكن لولدها أب [illegible] من [illegible] [illegible] وروى ابن المواز عن أشهب ان اليتيم [illegible] كانه [illegible] من [illegible] الله [illegible] ووجه [illegible] (فرع) فاذا قلنا لا تعتصر الام من اليتيم [illegible] في [illegible] ثم مات الاب لم يجز لها أن تعتصر وان كبر [illegible] أبوه ثم مات [illegible] (مسئلة) [illegible] الام [illegible] الكبير لا [illegible] ذلك [illegible] الهبة ولا بعدها الى وقت الاعتصار [illegible] الاعتصار [illegible] الاعتصار مع الاعتصار لانه نافعه في جميع أحوال الهبة [illegible] حكم الهبة الى حكم الصدقة (فصل) وقوله فله ان يعتصر ما لم يحدث الولد دينا [illegible] الناس به من اجل ذلك العطاء الذي [illegible] أبوه لم يكن للاب ان يعتصر [illegible] أموال الناس و [illegible] ذلك الحال للموهوب [illegible] [illegible] التي تعلقت حقوق الناس بها [illegible] الاعتصار (فرع) [illegible] الابن [illegible] [illegible] ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الاب [illegible] ابنه [illegible] وابنه [illegible] [illegible] العادة على هذه الجوانب [illegible] اذا كانت الحال واحدة كالحال يوم الهبة [illegible] الاعتصار وجها [illegible] ان مانع الاعتصار اذا حدث بعد الهبة منعها اذا كان موجودا وقت

قال وسمعت مالكا يقول الأمر المجمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه فليس لابيه أن يعتصر من ذلك شيأ بعد أن تكون عليه الديون أو يعطي الرجل ابنه وابنته المال فتنكح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه فيريد أن يعتصر ذلك الاب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاها أبوها ثم يقول الاب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا ابنته شيأ من ذلك اذا كان على ما وصفت لك

الهبة كالثمن ووجه القول الثاني ان دينه لم يتعلق به من أجل الهبة فلا يمنع اعتصارها وانما يمنع الاعتصار دين بسبب الهبة (فرع) واذا وهب الرجل ابنه الكبير الغني الهبة اليسيرة التي يرى انه لا يداين عليها فاداين أو تزوج فقد قال ابن الماجشون ذلك يمنع الاعتصار وقال مطرف عن مالك لا يمنع ذلك الاعتصار وقاله ابن القاسم في العتبية ووجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من ان تلك الهبة معونة على ذلك ووجه القول الثاني انه لم يتعلق بهذه الهبة حق آدمي لانه لم يداين ولم يتزوج من أجلها

(فصل) وقوله أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته المال فتنكح المرأة الرجل انما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها لمالها وما أعطاها فليس للأب أن يعتصر يريد أن النكاح قد قصد فيه المال ولذلك روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها فاظفر بذات الدين تربت يداك فاذا كان المال من اغراض النكاح وكان أحد الزوجين قد تزوج الآخر من أجل عطية أبيه فليس للأب أن يزيل تلك العطية فيبطل زيادة من زاد في نكاحه من أجلها ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده فقد روى عيسى عن ابن القاسم لا يعود حكم الاعتصار سواء دخل أو لم يدخل بها ووجه ذلك أن الأب قد عرضه لذلك فاذا تعلق به حقوق الناس لم يكن له ابطالها كما لو أذن لعبده في التجارة فقال لم يكن له [illegible] ونص عليه في الموطأ أن حكمه في ذلك حكم الابن وروى ابن [illegible] أن نكاح الولد الذكر [illegible] لا يمنع الاعتصار وقال لا الولد الذكر دخل في مال [illegible] الزوج [illegible] ووجه قول [illegible] أن حق الزوجة يتعلق بمال الزوج كما يتعلق حق الزوج بمال الزوجة بل تعلق حق الزوجة بمال الزوج أقوى [illegible] من المال [illegible] لها من النفقة والكسوة والسكنى في ماله فان كان [illegible] نكاح الابنة يقطع الاعتصار فأن يقطعه نكاح الذكر أولى (مسئلة) ويمنع الاعتصار مرض المعطي فان مات المعطي فروى عيسى عن ابن القاسم انه يمنع الاعتصار ورواه ابن حبيب عن مالك لا يعتصر مريض ولا يعتصر [illegible] فأما المريض فانه لا يعتصر لانه يعتصر لغيره [illegible] الورثة ولذلك [illegible] ولا يعتصر الا الاب وأما المريض فلا يعتصر لان حقوق الورثة قد تعلقت بماله [illegible] حقوق الغرماء [illegible] الاعتصار (فرع) فان المريض [illegible] [illegible]

[illegible] الاعتصار [illegible] مرض [illegible] [illegible] ان المرض لم يحدث الولد والدين والنكاح [illegible] ذلك [illegible] الاعتصار ووجه آخر وهو ان المرض [illegible] [illegible] المرض الذي [illegible] [illegible] الا [illegible] [illegible] ووجه القول الثاني ان الاعتصار اذا [illegible] لم [illegible] كالنكاح والدين

(مسئلة) [illegible] ثم [illegible] ذلك الاعتصار [illegible] وابن الماجشون [illegible] ووجه ذلك ان الهبة [illegible] [illegible]

[illegible] الاعتصار [illegible] موضع [illegible] ([illegible]) [illegible]

[illegible] ذلك [illegible]

الاعتصار [illegible] الاعتصار [illegible] القول

[illegible] (فرع)

وللأب أن يعتصر ما وهب لابنه وابنته من الدنانير والدراهم إلا أن يجعلاها حليا فليس له اعتصارها قاله مالك ورواه سحنون عن ابن القاسم ووجه ذلك أن هذا تغير في الهبة يمنع الاعتصار كالزيادة والنقصان فيها (مسألة) فإن كانت جارية فوطئها الابن فالذي قاله مالك وابن القاسم وأكثر أصحابنا أن الوطء يفيتها وإن كانت ثيبا ولم تحمل وقال المغيرة لا يمنع الوطء الاعتصار وبه قال ابن الماجشون وقال ويوقف حتى يستبرأ فإن حملت بطل الاعتصار ووجه القول الأول أن الوطء معنى ما أبيح من تمام ملكه ويكمل كأحد الشريكين يأذن لشريكه في وطء الجارية ووجه القول الثاني أن وطء المعطى لا يوجب الانتزاع كوطء العبد إذا أعطاه إياه سيده (مسألة) فإن خلا بها الابن وادّعى الوطء فإنه يمنع ذلك اعتصارها قاله يحيى بن عمر وفي كتاب الاستبراء من المدونة أن للأب أن يعتصرها من ابنه البكر ويستبرئ إذا غاب عليها ولم يذكر أنه ادّعى وطأ والظاهر أنه لم يدع والله أعلم وأحكم ووجه ذلك أن ادعاء الوطء مع إمكانه بالخلوة مؤثر في الحكم كالزوج يخلو بزوجته ويدعي عليه الوطء قال القاضي أبو محمد أو يكاتب العبد وعلى هذا عندي يجب أن يكون العتق والتدبير والاستيلاد وفوات العين ببيع أو هبة وأما ما يكال أو يوزن أو يعد فقد قال القاضي أبو محمد إن خلطه الابن بمثله فلا سبيل للأب إلى اعتصاره قال لأن ذلك جرى مجرى إتلافه وذلك يمنع الرجوع فيه

﴿ القضاء في العمرى ﴾

﴿ القضاء في العمرى ﴾
* مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر ابن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها أبدا لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها أبدا لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ﴾ ش معنى العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فسميت عمرى لتعلقها بالعمر وإنما تناول الإعمار هبة المنافع لا هبة الرقبة وقال النبي صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها يريد والله أعلم أن ما أعطى من المنافع يكون له ولعقبه ولا يبطل لعقبه بعد موته ولا ترجع بذلك إلى الذي أعطاها إلا أنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ووجب أن يستدل بقضيته على ما أعطاها من وجوب التوارث فيها وأن تنتقل المنافع إلى عقب المعطى بعد موته وهذا كله راجع إلى المنافع ومتعلق به دون رقبة الدار لأن رقبتها لم يعطها عطاء وقعت فيه المواريث ولا غيره ولا خرجت عن ملكه وفي معنى هذا الحديث ثمانية أبواب * أحدها في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يتعلق بذلك من أحكامها * والباب الثاني فيمن يصح منه الحبس ومن يصح عليه وما يصح تحبيسه * والباب الثالث في دخول العقب مع المعطى أو ترتيبه بعده * والباب الرابع في معنى العقب والذرية والبنين والمولى * والباب الخامس في قسمة منافع العمرى * والباب السادس في استحقاق القسم فيها بالولادة وإزالته بالموت * والباب السابع فيما يجوز من بيع العمرى والحبس * والباب الثامن في من تعود إليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر ومن حبس عليه

(الباب الأول في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يتعلق بذلك من أحكامها)

إذا ثبت أن العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فقد تسمى الملك عمرى لجواز أن يتعلق العمرى بمنافعه وقد روى ابن القاسم عن مالك من أعمر رجلا عمرى له ولعقبه رجعت إلى صاحبها إن كان حيا أو إلى ورثته يوم مات إن كان ميتا وقال أبو حنيفة

والشافعي يكون ملكا للمعمر ولعقبه بعده فإن مات ولا عقب له فلبيت المال ودليلنا من جهة القياس
أن تعليق الملك بوقت معين يقتضي تمليك المنافع دون الرقبة لأن تعليق الملك بوقت ينتهي إليه يمنع
ملك الرقبة لمالك رقبته بمضي عين بدأ وبزوال المطر (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن للعمرى ألفاظا تختص
بها وبذكر ما يقرب منها مما يقع الفهم وذلك إذا كان معنى العمرى هبة المنافع دون الرقبة فإن كان
ما كان من الألفاظ يقتضي هذا المعنى فإن حكمه في ذلك حكم العمرى وإن اختلف في بعض
الأحكام ومن ذلك أن يقول أسكنتك هذه الدار عمري أو وهبتك سكناها عمرك وفي المدونة عن ابن
القاسم فمن قال أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت إلى صاحبها وكذلك لو قال هذه الدار لك
ولعقبك سكنى وفي المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب إذا قال هي لك صدقة سكنى فليس
له إلا السكنى صدقة دون الرقبة قال محمد جماعة (مسئلة) وأما إذا قال هذه الدار حبس على
فلان ولم يرد على هذا فقد قال عبد الملك في المجموعة إنها عمرى وقال في الموازية هي حبس وروى
ابن وهب عن مالك في الحبس على المعين إنها بمعنى العمرى وقال في الموازية اختلف فيه قول ابن
القاسم ورجع فيها قول مالك فوجه قول مالك إنها عمرى ما قدمناه من أن الحبس إنما يقتضي
هبة المنافع فإذا قال على فلان اقتضى ذلك اختصاص الحبس دون [illegible] وارث أو [illegible] وذلك
يقتضي أنها هبة المنافع دون مدة عمره وذلك معنى العمرى ووجه القول الثاني أن لفظ الحبس
ظاهره يقتضي المنع [illegible] المنافع [illegible] معنى [illegible] أن يكون [illegible] وجوه
[illegible] عليها أو أخر بعدها وإذا حبسها على فلان انصرفت [illegible] منافعها عمره فإذا [illegible] عمره لم يرجع
إلى الحبس لأنه معنى مع ذلك (فرع) إذا ثبت ذلك فإن كان [illegible] في كتاب ابن المواز
عن مالك [illegible] سئل عما أراد من عمرى أو حبس [illegible]
[illegible] اختار ابن المواز أن يعود [illegible] عمرى [illegible]
[illegible]
[illegible] (مسئلة) [illegible] قال [illegible] حبس لا يباع ولا [illegible]
[illegible] ابن المواز [illegible]
[illegible] (١) [illegible]

في ذلك فمنهم من قال انها على روايتين كقوله حبسا فقط ومنهم من قال على رواية واحدة انها ترجع حبسا (مسئلة) ومن قال حبست هذه الدار ولم يزد على ذلك ولم يذكر مطرف الحكم الى معين ولا غير فانه يصح الحبس ويلزم قاله ابن المواز عن مالك وأشهب خلافا للشافعي في أحد قوليه لا يصح ذلك وأما من قال داري هذه عمرى فلا يلزمه شيء حتى يذكر العمرى والفرق بينهما ان لفظ الحبس أكثر ما يستعمل على وجه القربة ولفظ العمرى لا يستعمل في القربة فأشبه الصدقة والهبة (مسئلة) وأما لفظ التوقيف فقد قال القاضي أبو محمد ان لفظ الوقف صريح في تأبيد الحبس فلا يرجع ملكا أبدا لان مفهوم هذه اللفظة في العرف السبل على وجه التأبيد وتمليك المنافع على الدوام (مسئلة) وأما لفظ الصدقة فان أراد به تمليك الرقبة فهو على ما أراد كالهبة وان أراد به معنى الحبس فان كان على معين ولم يقترن به ما يقتضي التأبيد ففيه روايتان على ما تقدم في لفظ الحبس قال ذلك كله القاضي أبو محمد في معونته قال وذكر ابن عبدوس عن بعض أصحابنا في الذي يقول ملكي هذا صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا انه يكون ملكا لآخر العقب [illegible] أو امرأة يتصرف فيها ما شاء من بيع أو غيره قال وأكثر أصحابنا يرونه حبسا ووجه القول الاول ان لفظ الصدقة وان كان ظاهره تمليك الرقبة الا انه لما علق ذلك بمعين وعقبه علم انه [illegible] لم يرد تمليكها الاول [illegible] لان ذلك [illegible] من تمليكها فاقتضى ذلك تمليك الرقبة آخر العقب [illegible] القاضي أبو محمد موجود في المذهب ففي الموازية عن ابن القاسم عن مالك عن [illegible] داري [illegible] على فلان وولده ما عاشوا انها ترجع اذا انقرضوا مرجع الاحباس [illegible] مالك قال ان لم يسم من العقب الا [illegible] انها تسع الدار وقال ابن [illegible] عن نافع عن ابن عمر أن عمر [illegible] فقال له [illegible] وسأل [illegible] ان أصدق به فقال النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] ولا يورث [illegible] فتصدق به عمر وصدقته تلك في سبيل الله [illegible] على من وليه أن يأكل منه [illegible] فاستعمل لفظ الصدقة [illegible] ووجه الرواية ان تعلق [illegible] ان المراد بذلك الصدقة [illegible] لان الرقبة لا تصح فيها [illegible] عن قوم الى قوم [illegible] ذلك في المنافع [illegible] (مسئلة) [illegible] لفظ الصدقة عن لفظ [illegible] الصدقة [illegible] المنفعة [illegible] فقال القاضي أبو محمد [illegible] (مسئلة) اذا [illegible] ذلك [illegible] على [illegible] للشافعي ثلاثة أقوال [illegible] والدليل على [illegible] على ما قدمنا فالجواب [illegible]

(الباب الثاني فيمن يصح التحبيس منه ومن يصح التحبيس عليه وما يصح تحبيسه)

الحبس في الأصل جائز يلزم في الحياة والموت ولا يفتقر الى حكم حاكم والمشهور عن أبي حنيفة انه لا يجوز ولا يلزم وأصحابه المتأخرون يحكون عنه انه جائز ولكن لا يلزم الا بأحد أمرين اما بحكم حاكم أو يوصي في مرضه أو يوقف بعد موته فيصح ويكون من ثلثه كالوصية الا أن يكون مسجدا أو سقاية فان ذلك يلزم ولا يفتقر الى حكم حاكم وهذه المسئلة التي كلم فيها أبو يوسف مالكا في مجلس الرشيد فظهر عليه مالك وقال له هذه أوقاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقلها أهل المدينة خلفهم عن سلفهم يشير الى الخبر المتواتر فرجع أبو يوسف في ذلك عن مذهب أبي حنيفة وهذا فعل أهل الدين والعلم في الرجوع الى الحق حين ظهر وتبين ورأى أصحابه المتأخرون الاعتذار لقوله القديم لما قدمناه والدليل على ما نقوله مع ما قدمناه قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ما روى نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب أصاب بخيبر أرضا فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق عمر انه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والأقربين والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متمول به ودليلنا من جهة المعنى انه تحبيس عقار على وجه القربة [illegible] ولا حكم حاكم كالمسجد والمقبرة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه في تحبيس الرباع والعقار [illegible] قولا واحدا وهو الجواز وأما الحيوان والعروض ففي الجواز [illegible] عن مالك انه كره [illegible] وان وقف [illegible] قال ابن القاسم في المجموعة من أعمر دابته أو داره أو عبده في حياته [illegible] قال ابن القاسم في العتبية لم أسمع من مالك في حبس الثياب [illegible] ولا أرى به [illegible] (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا بالجواز وجب أن يكون ذلك لازما بالقول [illegible] العقود اللازمة وان قلنا بكراهة ذلك ففيه روايتان احداهما [illegible] الجواز [illegible] قال القاضي أبو محمد ومن أصحابنا من قال في الخيل قولا واحدا [illegible] عن مالك انه كره الحبس في [illegible] وان قال [illegible] وان أراد [illegible] الله تعالى [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] حبس أدراعه وأعتده [illegible] ويصح الابتياع [illegible] كالعقار [illegible] دون ما ينقل ويحول (مسئلة) ولا [illegible] والدليل على ذلك [illegible] [illegible] فقال [illegible] واما [illegible] ([illegible]) [illegible] [illegible]

حاجة وأعم وقت عقد التحبيس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو حبس ذمي دارا على مسجد فى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ورواه معن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت دينارا الى الكعبة أنجعل فى الكعبة قال ترد اليها ووجه ذلك ان هذه أموال هي أطهر الاموال وأطيبها وأموال الكفار أبعد الاموال عن ذلك فيجب أن تنزه عنها المساجد (مسئلة) ولو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي ان يرد لانه قد صرف صدقته الى وجه معصية كما لو صرفها الى شرب الخمر واعطائه أهل الفسق (مسئلة) روى عمر بن زياد عن مالك انه كره اخراج البنات من الحبس اذا تزوجن وفى رواية ابن القاسم عنه ذلك من عمل الجاهلية ووجه ذلك ما تقدم من المنع من تفضيل بعض البنين بالعطاء لاسيما مع ما فيه من شبه فعل أهل الكفر واحتجت عائشة رضي الله عنها لذلك بقوله تعالى وقالوا ما فى بطون هذه الانعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا (فرع) فان وقع ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك الشأن ان يبطل قال الشيخ أبو اسحق ومن أخرجهن عنه بطل تحبيسه وكذلك من شرط ان من تزوجت منهن بطل حقها الاأن يردها راد وينقض ذلك حتى يردها الى الفرائض قال ابن القاسم أرى ان فات ذلك ان يمضي على ما شرط وان كان حيا لم يجبر عليه أن يرده ويدخل فيه البنات وروى عيسى عن ابن القاسم نحوه وأنكر هذه الرواية لسحنون والخلاف فى هذه المسئلة مبني على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنيه دون بعض قال ابن المواز وان نقض اذا لم يأب المحبس عليهم وهم كبار فان أبوا لم ينفسخ وان كان حيا

(الباب الثالث فى دخول العقب مع المعطى)

الاصل فى ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه وذلك ان اعطاء المنافع فى العمرى أو الحبس لا يخلو أن يكون لغير معينين أو لمعينين وغير معينين فأما غير المعينين فكمن قال أعمرت هذه الدار ولده فلان أو عقبه ففي المواز [illegible] والعتبية من حبس على ولده دارا فولد له أولاد فانهم مع الآباء فى [illegible] الا [illegible] وكذلك قال مالك فى المجموعة وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك انه [illegible] ولده ولدي [illegible] فوزنوا وان فضل فضل كان لولد الولد قال عبد الملك كان مالك [illegible] الاعيان وكان المغيرة وغيره يسوون بينهم وهو أحب الى وقال عبد الملك عن أشهب لا يكون الاب أولى مع استواء الحاجة ووجه القول الاول ما احتج به عبد الملك قال قول الله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم [illegible] كان ولد الولد كالولد فى ذلك ومن جهة المعنى أن اللفظ يساويهم [illegible] ولا واحدا فوجب أن [illegible] ووجه القول الثاني ما احتج به ابن المواز ان شأن الاحباس أن يؤثر أقربهم من المحبس وكان الاولى أن يحتج بالآية لمالك وابن القاسم ان الآباء يبدؤون فى الميراث [illegible] قوله ولدي يتعدى الى ولد الولد ويتم قوله هذا ان يقول [illegible] القائلين فى بعض أحكامه يقتضي [illegible] اذا قال ولدي فان ذلك [illegible] يكون من ولده ما تناسلوا وكذلك اذا قال ولد ولدي وهو مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه (مسئلة) وأما اذا قال [illegible] فلا يؤثر الاقرب فى [illegible] ولدي [illegible] أن يؤثر بالأقرب أولى واذا قال [illegible] قوله ولدي فقد تقدم وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن حبس على ولده وأعقابهم [illegible] يسوى بينهم [illegible] الحال (فرع) [illegible] الاعلون فان ذلك يساوي حال فى الحاجة [illegible] الاعلون [illegible] فان كانت الحاجة فى ولد أوزوا وتكون الاب معهم قاله ابن القاسم وعبد الملك

قال ابن المواز قول ابن القاسم استحسان وقد قال مالك لا يدخل ولد الولد الا في المفصل وشأن الاحسان إيثار الاقرب وكذلك من حبسها وانما قال ابن القاسم يعطى الاب معهم فلئلا يقطع سبب الاب وان كان غنيا ولو كانت الحاجة في الاب ولم يدخل معهم ولد الولد الا بعد الاب (مسئلة) وأما اذا قال داري هذه حبس على فلان ثم على ولده أو على فلان بعده ففي المجموعة عن عبد الملك فيمن تصدق على ولده الذين هم أحياء ثم على أعقابهم فهو على قوله فاذا انقرضوا فعلى أعقابهم ولو قال وأعقابهم دخل العقب مع الاعلى ووجه ذلك ان ثم في العطف لها ترتيب فيقتضي ان الثاني بعد الاولين ولا يكون لمن بعدهم شيء الا بعد انقراضهم وأما الواو فهي للجمع فاقتضت التشريك والله أعلم

(الباب الرابع في معنى العقب والنسل والولد والورثة)

قال مالك في رواية ابن القاسم عنه في المجموعة ان العقب الولد ذكرا كان أو أنثى وليس ولد البنات [illegible] ذكرا كان أو أنثى وقاله عبد الملك قال ابن حبيب عن ابن الماجشون [illegible] ذكرا أو أنثى أدلت به أنثى فليس بعقب وقاله ابن شهاب قال القاضي [illegible] والدليل على ذلك يقتضي ان عقب الرجل من ينتسب اليه وولد البنات لا ينتسبون اليه [illegible] قال [illegible] الله ابن عباس الهاشمي عبد الله بن الحارث الهلالي وان كانت [illegible] من العرب وأمه من الروم لا يقال له الرومي ولا ينسب الى الروم (مسئلة) [illegible] يتناول الولد وولد الولد الذكور [illegible] ولده وولا ولده لم يدخل معه ولد [illegible]

وابن كنانة [illegible] لا يدخل [illegible]
والعقب سواء واحتج أشهب لذلك بقوله تعالى [illegible]
ان ولد الولد فالولد في [illegible] السدس [illegible]
قول مالك وكانت التسوية [illegible]
[illegible] السلام [illegible]
ولده [illegible]
[illegible]
[illegible]
والذي عليه [illegible] ان ولد [illegible] لا يدخل [illegible]
أنه قال لا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

جاز له مهلك ولد من ولد ذلك الرجل وولد له آخر فانه يدخل في ذلك الحبس و [illegible] روى عن مالك بن
انس أنه قال في قول المسلم اللهم صل على محمد وعلى آل محمد ان آل محمد كل تقي واحتج بقوله تعالى
أدخلوا آل فرعون أشد العذاب فان ذلك يحمل عليه اللفظ بأدلة اقترنت به صرفته عن ظاهره
واطلاق اللفظ يقتضي ما قدمناه أولا وهذا المشهور من المذهب وقال الشيخ أبو اسحق ويدخل
في الاهل من كان من جهة أحد الابوين بعدوا أو قربوا ولو قال على آبائه دخل الآباء والامهات
والاجداد والجدات بعدوا أو قربوا وكذلك العم ومنه قال الله عز وجل نعبد الهك واله آبائك ابراهيم
واسمعيل واسحق . [illegible] في الاحوال والاخوال والاعمام أن يدخلوا وعدة المعاني انما
ورد [illegible] الخبار [illegible] مالك حقائقها أو عرف استعمالها الغالب على حقائقها
(مسئلة) واما القرابة في الوارث والمحبوس [illegible] مالك من أوصى بمال لاقاربه انه يقسم على الاقرب
فالاقرب بالاجتهاد . قال مالك في العتبية ولا يدخل في ذلك ولد البنات وولد الخالات وروى ابن
عبدوس عن ابن كنانة يدخل فيها الاعمام والعمات والاخوال والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت
[illegible] مالك يدخل فيه أقاربه من قبل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة ان كل
ذي رحم منه من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم يهودي أو نصرانية وقد ذكر ذلك في الاسئلة
[illegible] والله اعلم وأحكم (مسئلة) وأما الموالي فقد قال مالك فيمن حبس على
مواليه [illegible] وكذلك موالي أبيه [illegible]
[illegible] أولاد مواليه [illegible] القول الاول [illegible] ولا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] (مسئلة)
[illegible]
[illegible]
[illegible]

وما آدري [illegible] آل [illegible]

[illegible] فانه [illegible] يدخل في [illegible] في المجموعة [illegible] حبس على موالي
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] (فرع) [illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible]

[illegible]
[illegible]

ابن القاسم في الموازية من حبس على قوم معينين دون تعقيب فإن حق الغائب منهم ثابت في السكنى
وحاضرهم وغائبهم سواء وقال ابن المواز وفقيرهم وغنيهم سواء وأما العمرى والحبس على غير
معينين ففي المجموعة عن مالك من حبس على قوم وأعقابهم فإنه يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة
والعيال والزمانة بقدر ما يراه من ولي ذلك وروى ابن المواز عن عبد الملك لا يفضل ذو الحاجة على
الغني في الحبس إلا بشرط من المحبس ووجه القول الأول أن معنى الحبس القربة وإيثار ذوي
الحاجة يقتضي القربة إلا أن يصرف عن ظاهره بشرط والفرق بين هذا وبين الحبس المختص
بالمعينين على هذا القول أن من حبس على معينين فقد قصد أعيانهم والمساواة بينهم وإذا أفرد غير
معينين وأضافهم إلى معينين فقد علم أنه لم يقصد الاستيعاب ولا المساواة لأنه لا يمكن ذلك فيهم فكان
ذلك مقتضى حبسه والله أعلم وأحكم ووجه قول عبد الملك ما احتج به من أن المحبس يتصدق على ولده وهو
يعلم أن منهم الغني والمحتاج (فرع) إذا ثبت إيثار ذوي الحاجة ففي الموازية لابن القاسم عن مالك
فيمن حبس على الفقراء أو في سبيل الله وابن السبيل وذوي القربى وفي قرابته حتى لا يعطى منه
ولكن ذوي الحاجة وفي المجموعة من حبس على قوم وعلى أعقابهم أن ذلك كالصدقة لا يعطى منه
الغني شيئاً ويساوي المتوسط بقدر حاله فإن كان للرجل [illegible] أولاد كبار فقراء قد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم
[illegible] أن ظاهر [illegible] ذلك يختص بذوي الحاجة
وأما [illegible] وأما ولد الغني لا مال له [illegible] وإذا بلغ
[illegible] (فرع) وإذا ساوى أهل الحبس
في الفقر أو الغنى [illegible]
[illegible]

فى ذلك ابتداء السكنى والله أعلم (فرع) فاذا ثبت ان الحاضر أولى بالسكنى من الغائب فهاه أن يعيب قبل أن يسكن فانه اذا قدم لم يخرج له من قد سكن ولا يخرج أحد لاحد الا أن يخرج فى سفر انقطاع ولو خرج مسافرا فعرض له بعض ما يعرض للناس من الأسفار كان له أن يكرى مسكنه الى أن يعود ولو اسفل اليه أحد من أهل الحبس رد الى منزله وأخرج من كان دخل فيه قاله مالك واذا سكن بعضهم لحاجته ولحضوره فاستغنى وقدم الغائب فروى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة لم يخرج أحد منهم لقدوم الغائب ولا لحاجة غيرهم من أهل الحبس والغائب والمسافر كالحاضر فى ابتداء القسمة أو بعد ذلك (مسئلة) ومن كان سكن من أهل الحبس مع أنه فلح فان كان فوبا تمكنه الانفراد عن أنه فله مسكنه من الحبس وان لم يتزوج اذا ضاق عليه مسكن أبيه فأما من ضعف عن الانفراد فلا مسكن له الا أن يتزوج فيخرج منهم فله حقه فى المسكن وهذا فى الذكور وأما الاناث فلا مسكن لهن وان بلغن لانهن فى كفالة الاب قاله عبد الملك فى المجموعة (مسئلة) وأما الكراء والعلات من الثمر وغيره فان حق من انقطع أو غاب لا يسقط حقه من السكنى اذا لم يكن فيه فضل قاله ابن المواز وابن القاسم

(الباب السادس فى استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت)

وذلك يكون على ضربين انتقال الى بنى من جعله من حبس عليهم واذا مال الى غيرهم فأما الانتقال الى الحابس أو المعمر عليهم فلا يخلو أن يكون ذلك بلفظ الاشاعة أو الابهام فان كان بلفظ الاشاعة فصدر روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس دارا أو حائطا على قوم وان بعضهم فان ما كان للميت من ذلك راجع الى بقية أصحابه حتى ينقرضوا وذلك فى الاحباس كلها من غلة أو سكنى أوحده أو ارتجحته كان من حبس ذلك لجماعة من أهل الاصل أو ذرية أو الى السبيل وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان الا نقسم [illegible] وعدد [illegible] الميت رجع على أصحابه وحوه وروى ابن وهب عن مالك [illegible] وكذلك روى [illegible] الرواة رساله العروبة [illegible] قسم [illegible] ابن القاسم [illegible] رجوع ما للميت [illegible] قال رجع على من بقى منهم فيما يقسم وما لا يقسم ووجه القول الاول ان جميعهم فى [illegible] والحبس [illegible] منهم [illegible] يقتضى أن يكون لمن [illegible] الاسم و [illegible] ووجه القول الثانى ان كونه [illegible] يقتضى اختصاص كل واحد منهم بحصته وذلك يمنع رجوع [illegible] انقطاع حكم الحبس [illegible] الموت (مسئلة) [illegible]

[illegible] الله فى المسكن ان [illegible] الحبس الدار [illegible]

[illegible]

[illegible] على [illegible] وكان على [illegible]

[illegible] وعن المواز [illegible] كل واحد [illegible] ولو حبس

على المعرفين وجعل ذلك مشاعا كان نصيب من مات منهم لأصحابه قال سحنون في العتبية اذا قال علاي تخدم فلانا يوما وفلانا يوما فهذه قسمة من مات منهما رجع نصيبه الى أصحابه" (مسئلة) اذا ثبت من اتمام القسمة فان ظاهر قول سحنون يقتضي من اعاقه ... المعطى ذلك ... في نفس العطية وهو ظاهر قول مالك وقول ابن الماجشون يقتضي أن المراعى في ذلك أن تكون العطية مما ينقسم كالعبيد والجارحين والعلة تنقسم والدار تنكري وهو قول العراقيين من أصحابنا ... من المذهب والله أعلم (فرع) فاذا قلنا باعتبار ... المعطى ... العطية ... (فرع) فاذا أبهم فقد روى ابن المواز عن مالك ... الى الاسا ... حتى ... ووجه ... الا ... يقتضي الاشتراك والاشاعة ... وأما اذا كان ... في ... على ... فالحكم ... واحد ... يوما بعينها او ... أو سكنى ... الى صاحب المرجع ... مالك ووجه ذلك أن ... الاشتراك ... وجعل حكم كل ... (...) وهذا اذا كان ... أو العمرى ... وعمر أو على ... قال ... ان كان ...

[illegible]

أقوى لأنها معينة ومتعلقة بعينه وأما إن كان على وجه الحبس وعمر من يسمى في الثمرة فإنما تكون بعد بدو الصلاح لأنه وقت الانتفاع بها والانتفاع لها (مسئلة) ولو كانت أرضا فحبسها ثم مات فورثها عمران ساء أعطى الورثة كراء الحرث أوسطها الذي تكرى به مثلها السنة ولو مات وفيها زرع فلورثته الزارع ولا كراء عليهم

(الباب السابع في بيع العمرى والحبس)

أصل ذلك أن عقد العمرى والحبس عقد لازم لأنه هبة لا يبطله العمرى والحبس يكون على ضربين أحدهما على غير موجود عند الحبس والثاني على موجود فأما إن كان على موجود مثل أن يعمر زيدا أو يعمره وعقبه أو يحبس على زيد أو عليه وعلى عقبه وواحد ممن أعمر أو حبس عليه موجود عند العمرى فهذا منع بيع بعض العقد فإن كان جميعهم غير موجود مثل أن يحبس على ولده ثم هو في سبيل الله فله أن يبيع ما لم يلد فإذا ولد له فلا يجوز له البيع قال ابن القاسم ليس له أن يرجع حتى يؤيس له من الولد ولو أجيز له هذا لأجيز له أن يبيع إذا كان له ولد ثم ماتوا ولم ينتظر أن يولد له غيرهم قال ابن الماجشون بل هو حبس ووجه قول مالك أن الحبس لم يتعلق به قول أحد فلم يلزمه وما ليس ذكر فيه لا يجوز فإذا ولد له فقد تعلق حق المولود به فلم يجز له بيعه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحبس منتظر إلى أن يصح وجوده ويتوجه لزوم حقه وعلى ذلك عقد الحبس فليس له بيعه ما لم يؤيس من وجود المحبس عليه لأن ذلك يخرج الحبس عن حكمه في اللزوم فإذا يئس منه علم أن الحبس لم يقع بصرفه إلى من قد ظهر أنه لا يوجد ولا يثبت له حق ووجه قول عبد الملك أن عقد الحبس عقد لازم وإن لم يذكر من حبس عليه فلو قال حائطي حبس لزم وأكثر ما في قوله حائطي حبس على ولدي ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذكر المحبس عليه وذلك لازم فيجب صرفه إلى أقرب الناس به بعده (فرع) فإذا قلنا بقول ابن الماجشون فقد قال فيمن قال صدقتي هذه على ولدي وولد ولده فهي حبس يخرج عن يده إلى يد ثقة وغيرها بعد ذلك حبس فإن مات قبل أن يولد له رجعت إليه وعليها إلى أولى الناس بالحبس يوم حبسها ووجه ذلك أنه لما كان عقد الحبس لازما وقد علق بمن لا يجوز له لزم إخراجه من يده ليصح الحوز فإن حدث له بعد ذلك ولد رد إليه لأنه لا يصح حوز ولده وقال غير ابن الماجشون ولا يصرف ذلك في مرجعه إلا لأن أخرج وقد تم (مسئلة) إذا كان الحبس على موجود يوم الحبس أو على غير موجود ثم وجد فقد لزم على قول مالك وليس له بيعه ولا الرجوع فيه فأما بيعه فقد روى ابن حبيب عن أصبغ فيمن حبس على ولده الصغار أو الكبار ثم بعدهم على المساكين ثم يتعدى فباعه بائعه أو بعد طول زمان كان البيع منقوضا ويرد إلى الحبس ولا ينظر إلى تواء ولا في نقض الإمام العقد ثم على المساكين فإن أعدم بائعه ... ووجه ذلك أن عقد الحبس لازم فلا يجوز له عن مصابه بعد الحد ... وثمنه ... كمالو باعه فإنه أحق لأن ما باعه ... (مسئلة) ومن بنى مسجدا ... ثم صلى فيه ثم باعه أو تصدق به على من يبنيه دارا فلما صح ذلك ويرد إلى ما كان عليه من الحبس لأن المساجد لله لا تباع ولا تعمر قاله مطرف ومعنى ذلك أن المسجد من جملة الأحباس اللازمة بل هي أوكد لأن الإمام أضافه لله تعالى ومصافاته إليه بقوله تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها ... فمن بنى مسجدا ... على الصورة المختصة بالمساجد فإن ثم هدمه البائع ... إلى صورة الدور وقوله

لم يرد نقض التحبيس الى ما كان عليه يقتضي عندي ان للمسجد بنيانا مخصوصا يمنع من يريد الملك من
بنائه ويمنع من تملكه من استدامة ملكه على هذه الصورة ويمنع من أراد بنيان المساجد من أن
يعدل عنها لما في ذلك من السنة والندب تعالى على تلك المساجد وترك تعطيلها والله أعلم وأحكم (فرع)
وقوله من بنى مسجدا في قريته ثم صلى فيه وبذل اباحته لمن صلى فيه فان ذلك مما يلزمه تحبيسه وان كان
لم يتلفظ بالتحبيس ولو تلفظ به للزمه ذلك وظاهر قول مطرف وهو معنى ما في المدونة انه لا يلزمه بمجرد
البنيان وفي هذا عندي نظر وقد كان يجب أن يلزم بمجرد البنيان لانه لا يتم الحيازة الا بالاباحة واقام
الصلاة فيه قال أصبغ أبو اسحق اذا خلى بين الناس وبينه فهو ماض ولا يحتاج الى أن يحمل [illegible]
ثم سواء كان باب المسجد داخل باب داره يغلق عليه أو خارج الباب [illegible] لا يلزم بمجرد
البنيان لمن حوز أن يبني مثل هذا [illegible] في داره مسجدا [illegible] فلا يكون بذلك حبسا
والله أعلم وأحكم (فرع) وما كان في المساجد [illegible] فان ذلك
[illegible] وكذلك [illegible] (مسألة) ومن حبس
[illegible]

(مسئلة) ومن كان له حائط وفيه نخل فحبس ثمرتها فغلبت عليها الرمال حتى أبطلت وفي ثمنها فضل
فقد قال مالك في الموازية وغيرها لا تباع فضل ذلك الماء وليدعه بحاله وإن غلبت عليها الرمال وروى
ابن القاسم عن مالك لا تباع الدار المحبسة وإن خربت وصارت عرصة وقد قال في الموازية ما خرب
من الحبس وانتقل إلى أهل تلك الناحية وبطل الموضع وأراد أهله بيعه والابتياع بثمنه ما هو أفضل
منه أنه لا يجوز في الرباع قال قال الشيخ أبو اسحق ولا ينتقل الوقف وإن خرب ما حوله وقد تعود
العمارة بعد الخراب (فرع) قال الشيخ أبو اسحق لا يباع بعض الوقف ومن أصحابنا من يرى بيعه
ولست أقول به (مسئلة) وهذا في الرباع والأصول الثابتة التي لا تنتقل ولا تحول فأما ما ينتقل
كالحيوان والثياب فقد قال مالك في المجموعة في الفرس المحبس يضعف فلا يبقى فيه قوة للغزو ولا بأس
أن يباع ويجعل ثمنه في آخر قال ابن القاسم وإن لم يبلغ ثمن فرس أعين به والثياب تباع إن لم يبق فيها منفعة
ويشترى بثمنها ما ينتفع به وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك ولو كان [illegible]
أو بطلت الانتفاع ووجه القول الأول أن هذا قد فسد من صلاحه ولا يرجى عوده إلى ما كان عليه
وليس كذلك الرباع فإنها تعمر بعد الخراب فلذلك لم يجز بيعها ووجه قول ابن الماجشون أن
هذا حبس فلم يجز بيعه لعدم الانتفاع به كالرباع (مسئلة) وإذا حبس الرجل جزأ مشاعا من دار أو
شيء وطلب بعض الشركاء القسمة أو البيع فقال ابن الماجشون إن كان مما ينقسم قاسم [illegible]
للحبس كان حبسا [illegible] ووجه ذلك أن المحبس إذا حبس جزءا مشاعا لأنه قد كان يعلم أن شريكه إن أراد
البيع أن يبيع معه فليس له أن يبطل هذا الحق عليه لتحبيسه (فرع) وإذا بيع الحبس بما
ذكرناه أولا أن الصواب أن يشترى بثمنه ما يجعل في موضعه أو مثله حبسا وقد قال مالك وابن القاسم يشترى
به [illegible] أن يقضى [illegible] عليهم وقال عبد الملك يقضى [illegible] الحبس فأخذ ثمنه فليصنع
الحبس [illegible] ووجه القول الأول أنه معنى أوجب إخراج الحبس عن الحبس [illegible]
[illegible] كالإجارة [illegible] ووجه قول ابن الماجشون أن المحبس إذا حبس ما [illegible]
[illegible] اللزوم فإذا أوجب إخراجه [illegible] ذلك الوجه من الحبس [illegible]
[illegible] الانتفاع [illegible]
[illegible] لأن المحبس [illegible] لم يتعلق به [illegible] (مسئلة) وإذا العمرى
[illegible] الدار المعمرة وفي العتبية [illegible] سماع ابن القاسم [illegible] حبس
دار [illegible] أن يشترى من ابن [illegible] لا [illegible]

(الباب الثامن [illegible] في العمرى [illegible])

فأما العمرى والسكنى فإن حكمها حكم العمرى فإنها تعود إلى صاحبها الأصلي إن كان حيا [illegible]
فإلى ورثته [illegible] لأنه لم [illegible] ملكا [illegible] وإنما أخرج [illegible] كالإجارة
وقد قال مالك في [illegible] سماع ابن القاسم [illegible] أعمر [illegible]
[illegible] ووجه ذلك أنه [illegible]
[illegible] أخرجها [illegible] الباقي [illegible]
(مسئلة) [illegible] عبد الملك رجع إلى [illegible]
[illegible] رجلا [illegible] الذي لم
[illegible] وقال مالك يرجع إلى أولى الناس [illegible] ووجه ذلك أنه [illegible]

التأبيد لم يرجع عليه فإن أمكن كانه لانه رجوع في الصدقة ولم يكن له وجه معين يرجع إليه فيرجع إلى
أحق الناس بالحبس وذلك أولى وجه يصرف إليه لما يجتمع فيه من الصلة ووضعه في الفقراء وقد
روى أشهب عن مالك في الموازية فيمن تصدق بسهم من حائط على مواليه وعلى أولادهم فانقرضوا
فأحب إلي أن يكون صدقة على المساكين وأهل الحاجة لا يرجع ميراثا وقال مثله فيمن حبس
سلاحا على رجل وعقبه لا يباع ولا يوهب فهلك الرجل ولم يترك عقبا فسلاحه في سبيل الخير وقفا
(فرع) إذا قلنا إنها ترجع إلى أولى الناس به يوم المرجع قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم فإنما
يرجع ميراثا على من ورثه يوم مات وأما ما يرجع حبسا فلأولاهم به يوم يرجع ووجه ذلك أن ما يرجع
ملكا فإنه أولى بورثة [illegible]
وأما ما خرج منه على وجه الحبس [illegible]
[illegible] يوم المرجع [illegible]
[illegible] الحبس [illegible]
[illegible] أهل المرجع [illegible]
أن والله أعلم (فرع) [illegible] قال ابن القاسم [illegible]
[illegible] الحبس في السكنى والغلة [illegible]
[illegible] (فرع) [illegible]
[illegible] في الموازية [illegible]
[illegible]

في حبسه للذكر مثل حظ الانثيين قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك انه راجع الى معنى
التشريك في الحبس لا على معنى التوارث (مسئلة) فان كان أهل المرجع بنات وعصبة فهو
بينهم ان كان فيه سعة والا فالبنات أولى من العصبة ويدخل مع البنات الام والجدة للأب دون الزوجة
والجدة للام قاله ابن حبيب عن ابن القاسم قال وان رجعت الى اخوة دخل معهم الاخوات وان
رجعت الى أعمام دخل معهم العمات وان رجعت الى بني أخ دخل معهم بنات الاخ وان رجعت الى بني
عم دخل بنات العم وان رجعت الى ولد المولى المنعم دخل معهم بنات المولى المنعم وكذلك في العصبة
الاقرب فالاقرب فان كانوا مواليه فهم عصبته ان لم يكن ثم عصبة أقرب منهم وفي العتبية من سماع ابن
القاسم يدخل النساء مع العصبة في السكنى والغلة ص (مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن
ابن القاسم انه سمع مكحولا الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها فقال
القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا * قال يحيى وسمعت
مالكا يقول وعلى ذلك الامر عندنا ان العمرى ترجع الى الذي أعمرها اذا لم يقل هي لك
ولعقبك) ش يحتمل أن يكون مكحول انما سأل القاسم بن محمد عن العمرى لما بلغه فيها من
اختلاف الناس ويحتمل أن يسأله عنها لما أشكل عليه حكمها وان لم يبلغه فيها قول لمن تقدم ويكون
قد أراد أن يعلم ما عند القاسم من ذلك ليأخذه أو ليسطره وقوله عن العمرى وما يقول الناس فيها
يحتمل أن يسأله عن العمرى ونفاذها وقول الناس فيها وسأله عما يختار الناس من ذلك ويحتمل أن يريد
انه سأله عن العمرى وعما عنده من قول الناس الذين لقيهم القاسم أو بلغه قولهم فيها ولذلك أجابه
القاسم بما عنده من أقوال الناس فقال ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم والظاهر انه أجابه على
حسب سؤاله ولو كان سأله عن الحكم خاصة لاجابه بما عنده في ذلك

(فصل) وقوله ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم في أموالهم يريد ان المعمر ان اشترط انتقاله
الى ورثة المعمر بلفظ يقتضيه مدة بقاء العقب أو انه يعمره وعقبه فكان مثل [illegible] تاما وكانت
سلطته على ما شرط لا يتجاوز ذلك ويعتبر ذلك [illegible] قول ان الامر عندنا على ذلك يريد ان الحكم
جار عنده [illegible] ان العمرى ترجع الى الذي أعمرها [illegible]
[illegible] لان العطية انما تعلقت بالمنافع خاصة لما [illegible] لفظ العمرى الذي يقتضي [illegible]

(فصل) وقوله اذا لم يقل هي لك ولعقبك فاذا قال هي لك ولعقبك [illegible] وتفسير
مالك [illegible] هذا اللفظ ويجب أن يطرق حكمه وفي الموازية قال [illegible] لان
[illegible]
ذلك قال محمد لانها [illegible] ولو كان [illegible] وجه ذلك ان قوله [illegible] لان
ولعقبه يقتضي [illegible]
[illegible] على المنافع من قوله [illegible] يحمل على
المنافع أو [illegible] ذلك [illegible] يحمل على المنافع لان ذلك
[illegible] (مسئلة) وأما [illegible] في
المنافع من أهل العطية [illegible] آخر [illegible]
[illegible] فلا يصل الى آخرهم ولكنها [illegible]
[illegible] والذي [illegible] أن يكون [illegible] فلا

* مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم انه سمع مكحولا الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا * قال يحيى سمعت مالكا يقول وعلى ذلك الامر عندنا ان العمرى ترجع الى الذي أعمرها اذا لم يقل هي لك ولعقبك

يكون ولد هامن الغصب أو يكون من الرجال قد بلغ إلى حد سن اليأس من أن يولد له كالمجبوب ونحوه فبين بذلك أنه هو الذي قصد بالملك فيكون له التصرف فيه بالبيع وغيره ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنه له ﴾ ش قوله أن عبد الله بن عمر ورث من حفصة دارها يريد أنه ورثها وانتقلت إليه بالميراث وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد ابن الخطاب تلك الدار ما عاشت وهذا معنى العمرى فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله الدار يريد بمعنى الميراث الذي تقدم ذكره لأنه هو كان وارث حفصة يوم توفيت ورأى عبد الله بن عمر أنها له [illegible] بذلك حكم العمرى فإن ما تقتضيه (?) العمرى لم تخرجها عن ملك [illegible] ولا [illegible] بالميراث [illegible] وهذا مذهب مالك رحمه الله وقول جماعة من [illegible] لما كان [illegible] العمرى [illegible] العمرى [illegible] الله صلى الله عليه وسلم [illegible] والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

[illegible]

*مالك عن نافع أن عبد الله ابن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها قال فكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنه له

﴿ القضاء في اللقطة ﴾

* مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الإبل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها

الذي يمكن صاحبه أن يطلبه فيه بنفسه أو بوصيته وعليه يسلك من يسمع التعريف ممن يمضي الى
موضع صاحب اللقطة في الاغلب فيكون أقرب الى معرفة صاحبه به وأما ان كان عديمه فلا يخرج
اللقطة عنها لأن صاحبها يطلبها كان منها أو غيرها وأباح له الاستمتاع بها ان كان ذلك لا يتلفها ولا
ينقصها قبل الحول وأما بعد الحول فعلى وجه الضمان لها وقد روى سويد بن غفلة قال كنت مع
سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان في غزو فوجدت سوطا فقالا لي ألقه فقلت لا ولكني ان وجدت
صاحبه والا استمتعت به فلما رجعنا حججنا فمررنا بالمدينة فسألت أبي بن كعب فقال وجدت
صرة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فيها مائة دينار فأتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها
حولا فعرفتها حولا ثم أتيت اليه فقال عرفها حولا ثم عرفتها حولا ثم أتيته فقال عرفها حولا ثم أتيته
الرابعة فقال اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وقال بعد ذلك سويد بن
غفلة لا أدري بثلاثة أحوال أو حولا واحدا (مسئلة) فان أخذ اللقطة فان ذلك لا يخلو من أحد
وجهين أحدهما أن يأخذها ولا يريد التقاطها والثاني أن يأخذها ملتقطا لها فأما الاول فان يجد ثوبا
فيظنه لقوم بين يديه فيأخذه فيسئلهم عنه فلا يدعونه فهذا الذي له رده حيث وجده ولا ضمان عليه
فيه قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك لانه لم يتصرف في يده ولا تعدى في نيته وانما أعلم به من ظن
أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة والوجه الثاني أن يأخذها ملتقطا لها ويريد امساكها فعند ابن القاسم
حفظها وتعريفها فان ردها بعد أن أخذها قال ابن القاسم يضمنها وقال أشهب لا يضمنها ان ردها
في موضعها بقرب ذلك أو بعده فلا اشهاد عليه في رده او عليه اليمين لردها في موضعها فان ردها
في غير موضعها ضمن وجه القول الاول أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم عليه بالتعريف بها فان جاء
صاحبها أداها اليه ولم يجعل له تركها في موضعها كما قال في ضالة الابل مالك ولها ولانه اذا قصد التقاطها
لها فقد أزال الشيء عن الغرر الى حالة يؤمن بها عليها فان ردها الى موضعها فقد أعادها الى حال الغرر فعليه
ضمانها كمن أخرج صيدا لغيره من [illegible] يخاف عليه فيها الهلاك ثم [illegible] فيها فهلك فانه يضمن أو أخرج
ثوبا من النار [illegible] ثم رده الى النار فاحترق ووجه قول أشهب انه لم يأخذه على وجه
التعدي والضمان فاذا أعادها الى موضعها فلا [illegible] كذلك [illegible] له ان [illegible] لم [illegible]
ضمان عليه كضالة الابل (مسئلة) ولو دفع الملتقط اللقطة الى غيره يعرفها فضاعت فلا شيء
على الملتقط قاله ابن القاسم قال ابن كنانة وكذلك لو قال له اعمل بها ما شئت [illegible] أن يكون
دفعها الى مثله في الثقة والامانة وقد روى ذلك عن ابن القاسم واذا قال له اصنع بها ما شئت وذلك
أن يكون دفعها الى مثله وهو قد أعلمه بأصلها ولا يؤثر قوله له اعمل بها ما شئت لانه ليس للثاني أن
يعمل بها الا ما للاول وانما جاز في اللقطة أن يخرجها [illegible] ولم يجز ذلك في الوديعة
لان المودع دفع اليه الوديعة صاحبها ولم يرض الا بأمانته فليس له دفعها الى غيره وأما الملتقط فلم
يأخذها باختيار صاحبها فكانت حاله وحال من هو مثله في الامانة واحدة [illegible]
(مسئلة) ولو ادعى الملتقط ضياع اللقطة [illegible] ابن القاسم لا شيء عليه [illegible] عليه
اليمين قال أشهب وان ادعى صاحبها [illegible] فهو [illegible] الا أن يعرف
بها [illegible] ووجه ذلك ان يده يد أمانة فلا ضمان عليه [illegible] الى [illegible] من
[illegible] أو غيره [illegible] والخيار [illegible] عن نفسه
الضمان [illegible] ان دفع ذلك عن نفسه والاطلاع على [illegible]

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها قال ابن القاسم العفاص الخرقة والخريطة والوكاء الخيط الذي يربط به وقال عمر بن عيسى الأعشى وعن أشهب في النوادر العفاص والرباط والوكاء ما فيه اللقطة من خرقة أو غيرها والذي قاله ابن القاسم أصح لأن الوكاء في كلام العرب ما يربط به وكذلك روي في حديث أبي المقدام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له اعرف عددها ووعاءها ووكاءها فجعل مكان العفاص الوعاء وأثبت الوكاء الذي يوكأ به الوعاء فصح أنه الخيط الذي يربط به

(فصل) وقوله اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة معناه عندي والله أعلم أن يحفظ صفة العفاص والوكاء ويكتم ذلك [illegible] وفي النوادر لابن نافع عن مالك إنما قال ذلك [illegible] يعرف اللقطة أن لا يريها أحدا ولا [illegible] ولا يقول من يعرف دنانير أو دراهم أو وجدت [illegible] لكن يعمي ذلك لئلا يأتي مستحل [illegible] المعرفة أحد [illegible] قوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها [illegible] ولو [illegible] أن يذكر [illegible] والوكاء [illegible] والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ثم عرفها سنة [illegible]

[illegible]

و وكاءها ووعاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها فأمر باعتبار هذه الثلاثة في وصفها استحق اللقطة ومن جهة المعنى ان الغالب من أحوال الناس معرفة صاحبها صفة وعاء الدراهم وصفة الوكاء وكثير من الناس يعرف العدد ان كانت معدودة أو الوزن ان كانت موزونة وظاهر قول أصبغ مبني على التعلق بحديث زيد بن خالد واسن فيه ذكر العدد (فرع) وهل يلزمه مع هذا يمين أم لا المشهور من المذهب وهو الظاهر من قول ابن القاسم أن لا يمين عليه وقال أشهب ان وصف ذلك كله لم يأخذها الا بيمين ما انها له وجه قول ابن القاسم انه ليس هناك من ينازعه فيها ولا من ينازع عنه فلا معنى لهذه اليمين ولانها لو كانت اليمين يجب لغائب لم يصح الا بأمر حاكم ووجه قول أشهب ان هذا نوع من الاستحقاق من يدمدع (فرع) وهل من شرط دفعها اليه أن يأتي بهذه الصفات الثلاث قال محمد بن عبد الحكم لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها الا في معنى واحد أن يصف عددا فيوجد أقل وقال أشهب ان عرف بها وصفين ولم يعرف الثالث دفعت اليه وقال أصبغ ان عرف العفاص وحده فليستبرأ فان جاء أحد والا أعطيها وما ذكر في الحديث أعرف العفاص والوكاء ليس على أن يستجمعها الا بمعرفتها كما جاز في شرط الخليطين أصناف تجري وان اجترم بعضها فالظاهر من قول أشهب انه لا يعطاها بأقل من وصفين انه أقل ما يعتبر في الحديث قال الشيخ أبو محمد وقد رأيت لبعض أصحابنا لا يأخذها الا بمعرفة العفاص والوكاء وقول أصبغ ظاهر في انه يعطاها ان أتى بالصفة الواحدة من الصفتين المذكورتين ولا يبعد أن يكون مذهب ابن عبد الحكم موافقا له لانه انما منع من دفعها اليه اذا أخطأ في الصفة ان وصف شيأ من ذلك بغير صفته وما اختلف في هذا قول أصبغ فقال ان قال في خرقة حمراء وخيط أصفر فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود فلا يستبرأ أيضا أمرها ثم رجع ثم قال هذا أكذب نفسه في ادعائه المعرفة فلا شيء له واما لو أصاب في بعض وادعى الجهالة في بعض وهذا الذي قال أشهب يدفع اليه لانه قد جهل بعض الصفات وقد قال أشهب لو أخطأ في صفة لم يعطها فان وصفها مرة أخرى فأصابها لم يعطها ووجه ذلك ان هذا خارج الى حد التخمين والحزر لانه اذا وصف صفة فأخطأ فلا بد أن يتأدى وأخذ ما ليس له فيه ثلث وجه تأول قوله و وجه قول أصبغ انها صفات ورد الشرع باعتبارها فجاز أن يقتصر على بعضها كصفات الخلطاء (مسئلة) ولو عرف رجل عفاصها ووكاءها أو وكاءها وحده وعرف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن عرف العفاص والوكاء أو الوكاء وحده قاله في العتبية أصبغ وزاد ابن حبيب عنه انه قال ولكني أستحسن أن يقسم بينهما كالواحد معا على معرفة العفاص والوكاء وتحالفا فان نكل واحد منهما دفعت الى الحالف وهذا خروج منه الى الحاق معرفة العدد بمعرفة العفاص والوكاء (مسئلة) وان عرف سكة الدنانير أو الدراهم فقد قال سحنون في كتاب ابنه اذا وصف سكة دنانير اللقطة لم يستحقها بذلك حتى يذكر علامة فيها غير السكة وقال يحيى بن عمر ما يتبين لي قول سحنون وأرى اذا وصف السكة في الدينار وذكر نقص الدنانير كان فيها نقص فأخذ بذلك انه أخذها وجه قول سحنون ان السكة اذا كانت واحدة بالبلد فهو بمنزلة ان يقول هي دنانير فهذا لا يستحق به شيأ لان العادة اذا كانت دنانير أن تكون من سكة البلد الذي لا تجري فيه غيرها وانما تكون ذلك لو كانت سكة شاذة ليست يعرفونها ولذلك اشترط سحنون زيادة علامة في دينار من الدنانير مما لا يكون معتادا ولعل هذا الذي اراد يحيى بن عمر أو يكون بلد فيه سكك مختلفة على انه اشترط مع ذلك أن يعرف

نقص بعض الدنانير وهذه علامة زائدة على معرفة السكة كالتي شرط يصفون والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فإن جاء صاحبها والا فشأنك بها معناه والله أعلم فإن جاء صاحبها وهو الذي يصفها أخذها على حسب ما تقدم وهذا إذا كان الذي وجدها واحدا فإن وجدها رجلان وتساويا في صفتها حلفا وتقاسماها ومن نكل منهما فهي للآخر فإن وصفها أحدهما فأخذها ثم أتى آخر فوصفها قال ابن القاسم لا يدفع الدافع إليه شيئا وقاله أشهب وزاد أنه إن كان الثاني وصفها فلا شيء له وإن أتى ببينة والأول واصف فصاحب البينة أحق بها ووجه ذلك أن الأول قد صار له يد فإذا تساويا كان أحق بها لليد المتقدمة وإن أقام الثاني بينة بالملك فبينة الملك أقوى من اليد والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فشأنك بها إباحة التصرف فيها لما رآه من إنفاق أو صدقة أو [illegible]
وقد روى البخاري من طريق إسماعيل بن جعفر عن ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible]

اذا ثبت ذلك فان اللقطة على ثلاثة أضرب ضرب يبقى في يد من يلتقطه ويخاف عليه الضياع مع
الترك كالثياب والدنانير والدراهم والعروض وضرب لا يبقى في يد من يلتقطه ويخاف عليه
الضياع مع الترك كالشاة في الفلاة فان كانت في قرية أو موضع يجد من يلتقطها فيه غيره فان لها حكم
اللقطة التي تبقى يعرفها سنة وضرب ثالث لا يخاف عليها الضياع كالابل فهذا سيأتي ذكره ان
شاء الله (مسئلة) ومن وجد شاة بفلاة فحملها الى عمران فان كان حملها حية كان حكمها حكم
اللقطة يلزمه التعريف وان ذبحها وحملها فقد قال أصبغ في العتبية أكلها غنيا كان عنها أو فقيرا
ويضمن لحمها وجلدها مالا من ماله فان جاء صاحبها بعد ذلك فلا ضمان عليه الا أن يتصدق به فذلك
فيكون أحق به ووجه ذلك انه قد حازها بالذبح كما لو طبخها وصيرها طعاما قبل أن يحملها (مسئلة)
ومما لا يبقى بيد من يلتقطه الطعام الذي لا يبقى من الفواكه والادم فهذا ان كان في فلاة أو في غير
موضع عمارة فحكمه حكم الشاة توجد بالفلاة لان الشاة وان كانت تبقى فلا يمكن من وجدها أن يقيم
عليها ولا أن يحملها وهذا الطعام وان كان خفيفا يمكن من حملها فانه لا يبقى بيد من حمله وكذلك روى
ابن حبيب عن مطرف قال وأن يأكله أفضل من طرحه فيضيع وأما ان كان في الحضر وحيث الناس
فيتصدق به أحب الي من أن يأكله فان تصدق به لم يضمنه وان أكله ضمنه وقال أشهب أما في غير التافه
فيبيعه ويعرف به فان جاء صاحبه دفع اليه ثمنه ليس له غير ذلك وروى ابن مزين عن عيسى ومن وجد
مالا يبقى من الطعام في فلاة أو عاصره فعرفه ثم أكله أو تصدق به ثم جاء صاحبه فلا شيء له عليه ووجه
ذلك ما قدمناه انه اذا كان بفلاة فلا ضرر له فيه الا أكله وذلك خير من تضييع نعمة من نعم الله تعالى
وأما ان كان بغير فلاة فانه على قول مطرف يتصدق به ولا يلزمه بيعه لان البيع مما لا يلزم الملتقط وانما
يلزمه الحفظ ما أمكنه وعلى قول أشهب يبيعه لانه لما تعذر عليه حفظ عين اللقطة عاد الى حفظ عوضها
لانه بدل منها

(فصل) وقوله للذي سأله عن ضالة الابل مالك ولها يحتمل أن يكون معناه المنع من أخذها وضمها
وان الالتقاط انما جعل بمعنى الحفظ لصاحبها [illegible] اليها ولذلك قال صلى الله عليه
وسلم معها سقاؤها وحذاؤها يعني ان معناه انها تصبر عن الماء [illegible] أياما وتكر حتى تجد سبيلا الى الورود
[illegible] الماء بمعنى السقاء وحذاؤها قال [illegible] معناه انها ترد الماء وتأكل الشجر
حتى يلقاها ربها [illegible] على انها تمتنع من عوادي السباع في الاغلب وانها ترد الماء وتأكل من
الشجر الذي لا يعدم فيها [illegible] الى أن يلقاها ربها [illegible] فيجب أن تترك ليجدها صاحبها من
وجوده [illegible] في طلبها لانه قد يطلبها في الجبال ومواضع الماء والشجر فان قصد تلك
المواضع لم يجدها بها [illegible] أن يكون معنى قوله مالك ولها المنع من التصرف فيها بعد تعريفها
لان [illegible] الملتقط [illegible] خوف الضياع عليها ان لم يأخذها من وجدها
وذلك [illegible] الابل [illegible] وجد ضالة الابل [illegible] حفظها فقد [illegible]
ما [illegible] وان كانت [illegible] محلها من [illegible]
الانفاق عليها فلذلك لم يكن له [illegible] أن يكون معنى قوله صلى الله
عليه وسلم في ضالة الغنم هي لك أو لاخيك أو للذئب [illegible] أحدها على هذا الوجه ومنوع
الانفاق (فرع) فاذا قلنا بالوجه الاول [illegible] الى أكلها فلك
الامر [illegible] احتاج الى الانفاق عليها وهي اذا [illegible] في مواضع لم يجد

عليها الشجر وإلى أكلها ولا تحتاج إلى الإنفاق عليها والحفظ لها وهذا كان حكم ضوال الإبل في
زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لما كان يؤمن عليها فلما كان
في زمن عثمان وعلي رضي الله عنهما ولم يؤمن عليها لما كثر في المسلمين ممن لم يصحب النبي صلى
الله عليه وسلم وكثر تعديهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها ورفعها إليهم ولم يروا ردها إلى موضعها
وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها ثم أباح له ردها إلى موضعها وإنما اختلفت
الأحكام في ذلك لاختلاف الأحوال وقد قال مالك فمن وجد بعيرا فليأت به الإمام يبيعه ويجعل ثمنه
في بيت المال قال أشهب إذا كان الإمام عدلا ومعنى ذلك أنه أمن عليها من تعدي من يأخذها فتركها في
موضعها أفضل لأنه يؤمن عليها ضياعها من غير هذا الوجه ويستغنى عن الإنفاق عليها والمؤونة لها
ويقصد صاحبها إلى ذلك الموضع ويسمع أن إمامه أيسر عليه من طلبها في الآفاق البعيدة لأنه لا يدري
من أي ناحية بيت الدار أو بعدها فإن خاف عليها متعديا يتلف ثمنها كان أخذها ورفعها إلى الإمام
ليعرفها لصاحبها أفضل له وآمن عليه والله أعلم وأحكم وهذا على ما روي عن عمر بن عبد العزيز
يحدث الناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور (مسألة) وأما الخيل والبغال والحمير فقد سئل
عنها ابن القاسم فلم يرها كالإبل فمن التقطها عرفها فإن جاء ربها أخذها وإن لم يجئ ربها أرى أن يتصدق
بها وقال أشهب [illegible] ولا البغال ولا الحمير فإن أحدا [illegible] فقال
ابن كنانة [illegible] ولا يعرض لها [illegible] ابن القاسم إباحة
أخذها [illegible] ذلك في الإبل ووجهه
قول أشهب وإن كانت [illegible] كالإبل (مسألة)
وأما البقر في المدونة إن كانت بموضع يخاف عليها [illegible] بموضع لا يخاف عليها
السباع ولا الذئاب فهي بمنزلة الإبل ونحو ذلك قال أشهب [illegible] مالك في
[illegible] وحدها [illegible] أكلها ولا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
ذلك كل [illegible]

(فصل) [illegible]
[illegible]
[illegible]

(فصل) [illegible]
[illegible]

مالك عن أيوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني أن أباه أخبره أنه نزل منزل قوم بطريق الشام فوجد صرة فيها ثمانون دينارا فذكرها لعمر بن الخطاب فقال له عمر عرفها على أبواب المساجد واذكرها لكل من يأتي من الشام سنة فإذا مضت السنة فشأنك بها

صاحبها بحالها وكذلك ملتقط اللقطة يجب أن يتوخى بتعريفها المواضع التى يغلب على ظنه
ينتشر فيها خبرها ويصل منه الى صاحبها فقد ذكر ذلك على أبواب المساجد وجامع الأسواق
بطريق خص بالسؤال أهل تلك الجهات ومن يمر عليها ولا يترك اعلام عبد بها وقوله
السنة فشأنك بها على ما تقدم فى حديث زيد بن خالد الجهنى ص ﴿ مالك عن نافع أن رجلا
لقطة فجاء الى عبد الله بن عمر فقال له انى وجدت لقطة فماذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها
قد فعلت قال زد قال قد فعلت فقال له عبد الله بن عمر لا آمرك أن تأكلها ولو شئت لم تأخذها
سؤال نافع بن عمر عن اللقطة التى وجدها على حسب ما يفعل الطلبة ويريد العالم
علمائهم لاستماع احتجاجه بابن عمر فقال له ابن عمر عرفها ولم يحدله مدة سنة ان كانت
لئلا تتضمن التحديد اباحة التصرف فيها بعد انقضاء السنة وكان ابن عمر يكره لأجل الو
يختص به التصرف فيها الا كل لها وقد قال مالك لا أرى لصاحب اللقطة أن يأكلها ولكن
بها أحب الى ويخير صاحبها اذا جاء فان شاء أجازها وان شاء غرمها له وانما كره مالك أ
يسرع الناس اليها ولئلا يطمع به ذلك ولذلك قال ابن عمر لا آمرك بأكلها ولم يأمره أن
لعله لم يعلم له مالا يمضى منه صاحب اللقطة اذا جاء ولم يجز الصدقة ومن كان بهذه الصفة
أن يتصدق بها فان فعل فلا إثم عليه (فرع) فان تصدق بها أو أكلها وجاء صاحبها
الغرماء قاله ابن وهب ووجه ذلك انه دين ثابت فى ذمته يوجه حق

﴿ القضاء فى استهلاك العبد اللقطة ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا فى العبد يجد اللقطة فيستهلكها
الاجل الذى أجل فى اللقطة وذلك ثلاث سنين أنها فى رقبته اما أن يعطى سيده ثمن ما استهلك
يسلم اليهم غلامهم فان أمسكها حتى يأتى الاجل الذى أجل فى اللقطة ثم استهلكها
دينا عليه ولم يكن فى رقبته ولم يكن على سيده فيها شئ ﴾ ش ومعنى ذلك
تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها فاذا تعدى عليها العبد أو أهلك فهى فى رقبته
وأشهب ومطرف وابن الماجشون سواء أكلها أو أكل ثمنها أو وهبها أو تصدق بها
ما أكلها جناية على أى وجه كان فهى فى رقبته فاما أن يفديه بغرم ما استهلك واما أن
وأما ان كان مدبرا فقال أشهب والمغيرة اما أن يسلم السيد خدمته يخدم بقدرها
سيده فان مات سيده قبل استيفاء ما عليه عتق بلغ سيده وأتبع بما بقى وأما أم الولد
الاقل من قيمتها أو قيمة ما أتلفت وأما المكاتب فى رقبته اما أن يودى قيمة ما استهلك
سيده من اسلامه بها عبدا او يفسخ كتابته ويبقى له عبدا

(فصل) وقوله وان أمسكها حتى يأتى الاجل الذى أجل فى اللقطة ثم استهلكها كانت دينا عليه
ولم يكن فى رقبته ولا على سيده يريد ان بمجرد الامساك مدة السنة فى العبد
جنايته تتعلق برقبته وان قال لم أعرفها الا انها لم أعرفها بها لبكا فى سنة فان ذلك قد أ
لم يصدق على سيده كما لو أقر بجناية خطأ وأما الحر فانه لا يجوز له الانتفاع بها بعد السنة
فى مدة السنة ولو أقام عنده أعواما لا يعرفها الا يستحق بذلك انتفاعها وكذلك العبد
ووجه ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم انما أباح هذا بعد تعريف سنة وقال فشأنك بها

أبو الوليد رحمه الله وهذه السنة عندي هي من توم ابتدأ بالتعريف ولا يحتاج في ذلك الى حكم حاكم لأنه حكم قد تقرر من النبي صلى الله عليه وسلم في كل ملتقط في مثل تلك اللقطة والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في الضوال ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن ثابت بن الضحاك الأنصاري أخبره أنه وجد بعيرا بالحرة فعقله ثم ذكره لعمر بن الخطاب فأمره عمر بن الخطاب أن يعرفه ثلاث مرات فقال له ثابت انه قد شغلني عن ضيعتي فقال له عمر ارسله حيث وجدته ﴾ ش قوله انه وجد بعيرا بالحرة فعقله [illegible] الإبل والدواب إذا [illegible] ذلك وقد احسن له ولعله لم [illegible] حديث النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]

(فصل) وقوله [illegible] ذكره لعمر [illegible] رضي الله عنه [illegible] أحد [illegible] الامام [illegible] العلم [illegible] والامام [illegible] رأى [illegible] الامام [illegible]

[illegible]

ذلك والله أعلم وأحكم ونص حديث عمر جواز رد الابل الى موضعها بعد أخذها [illegible]
والفرق بينهما من جهة المعنى ان الابل الضالة اذا ردت الى مكانها لم يخف عليها ضياع لانها ترد الماء
وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم حتى يلقاها ربها واللقطة الدنانير والدراهم اذا ردت الى
مكانها لم يشك في ضياعها وكان الملتقط الذي غرها [illegible] (فرع) وهل يرسلها ببينة
قال مالك في العتبية ليس له أن يشهد على ارسالها قال ابن نافع وأحب الى أن يشهد على ذلك ووجه
ذلك أنها [illegible] الامانة والابل مما لا يغاب عليها وانما يقبلها صاحبها فكان مصدقا في ارسالها مع انه
ليس الاشهاد على ذلك لأنه انما أرسلها حيث وجدها وأكثر ما توجد في الفيافي والقفار البعيدة [illegible]
الاشهاد على ذلك * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال
وهو مسند ظهره الى الكعبة من أخذ ضالة فهو ضال * ش قوله رضي الله عنه من أخذ ضالة
فهو ضال قال في كتاب ابن مزين [illegible]
صلى الله عليه وسلم [illegible] ألا عن أخذها [illegible]
[illegible]

* وحدثني مالك عن يحيى
[illegible] أن عمر [illegible]
[illegible]

[illegible]

علما لا نقسمها ولا مهر لها من بيت المال فمن أقام بينة على شيء منها أخذه والا بقيت على حالها لا يقسمها
واستحسن ذلك ابن المسيب وهذا أيضا يحتمل أن يكون فيما عرف عهده منها ورجا عرفه أو بصاحبها
ويحتمل أيضا أن يكون علي رضي الله عنه فعل ذلك في الفتنة حيث كان لا يأمن عليها أهل الفتنة
ولذلك كان يتكلف من طلبها البينة لما كان يرى من استحلال بعضهم مال بعض ولعل البينة التي كلف
هي أن يصفها صفتها أو كلمة البينة أراد أن يأخذها من وقته دون سبب ولا استيفاء

(فصل) وقوله كان ينفق عليها من بيت المال ولم يذكر أنه كان يرجع إلى من اعترف بما أنفق عليه
من بيت المال فيحتمل أن يكون له أن يرجع لئلا ذلك لهم لأن بيت المال لمصالح المسلمين وكان هذا أيضا
من مصالحهم لا سيما إذا دعت الحاجة بعدوره إلى أخذها وحبسها ولم يكن له أن يتركها ترد الماء وتأكل الشجر كما
قال صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون كان يرجع عليهم [illegible] وقال مالك في الآدمي [illegible]
[illegible]
والله أعلم وأحكم

[illegible]

« قضاء الحي عن الميت »
حدثني مالك عن سعيد ابن عمرو بن شرحبيل عن [illegible]

عليه وسلم ان أمي افتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * ش قوله ان أمي افتلتت نفسها معناه والله أعلم ماتت فجأة وأنشد في ذلك

* وكانت نفسه افتلاتا * وتقول العرب رأيت الهلال فلتة اذا رأيته من غير قصد اليه ومنه قول عمر بن الخطاب كانت بيعة أبي بكر فلتة وقى الله شرها يريد أنها كانت بغتة من غير روية وقوله وأراها لو تكلمت تصدقت يريد أنه لو علم من حالها وحسن معتقدها ومسارعتها الى الخير ورغبتها فيه انها لو أمهلت وقدرت على الكلام مع الاشراف على الموت على ما يفعله أكثر الناس في مرضهم من كلام بعضهم ووصيتهم بما ينفعهم بعد الموت لتصدقت ويحتمل انه قد كان علم ذلك من حالها بما أخبرت به وأظهرت العزم عليه فاستأذن النبي صلى الله عليه وسلم في أن يتصدق بما أراد أن [illegible] في ذلك [illegible] ويحتمل أن يكون [illegible] وعن [illegible] أن [illegible] كانت أرادت أن تطعم من ذلك فسأل النبي صلى الله عليه وسلم ان كان [illegible] الاطعام عنها فأذن له في ذلك ويحتمل أن يكون ذلك زكاة كانت عليها ولم توص بها وفي الواضحة [illegible] أبو [illegible] في الفرائض قال مالك يطعم عنها في الصوم مكان كل يوم مدا ان [illegible] الزكاة [illegible] وأما الصلاة فلا يصلي أحد عن أحد [illegible] ص * (مالك انه بلغه أن رجلا من الانصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك * ش قوله صلى الله عليه وسلم قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك يقتضي ان أحد صدقته لا يبطل برجوع ما تصدق به اليه بالميراث لأن رجوعه الى المتصدق بالميراث غير موقوف على اختياره بل بموت المتصدق عليه وهي في [illegible] المتصدق اذا كان [illegible] فارقت سواها [illegible] في ملكه [illegible] على نحو ذلك [illegible] من أهل الظاهر فكره [illegible] الميراث [illegible] الرجوع في الصدقة [illegible] الأحد [illegible] والله أعلم وأحكم

(الأمر بالوصية)

ص * (مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة) * ش قوله صلى الله عليه وسلم ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة [illegible] أن يكون معناه [illegible] الا ووصيته [illegible] الوصية [illegible] وصية [illegible] ذلك [illegible] واما [illegible] أو [illegible] أن يوصي [illegible] المطرح [illegible] القاضي أبو [illegible] الله [illegible] على وجه [illegible] الى [illegible]

عليه وسلم ان أمي افتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * وحدثني مالك انه بلغه أن رجلا من الانصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك

(الأمر بالوصية)

حدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة

وليست مما يتكرر كالديون التي لها قدر والأمانات من الودائع والوصايا التي تكون بيده من مال أيتام
أو غير ذلك فإنه يجب عليه ذلك وإنما يكون من غير الديون التي تتكرر وتؤدى في كل يوم وتزيد
وتنقص وتتجدد فإن ذلك شيء فيها لأنه كان يقتضي أن يجدد وصيته في كل يوم ومع الساعات وإنما
معنى ذلك عندي في الأموال التي تبقى وهذا يدل على معنى قوله صلى الله عليه وسلم له شيء يوصي فيه فإن
حملناه على الوجوب فإن لفظ الحق أظهر في الوجوب وإن كان يحتمل الندب إذا قال إنه حق عليه
وإذا أضاف الحق إليه وجعله له فهذا أظهر في الندب فإن حملناه على الوجوب فالمراد به ما قدمنا من
الحقوق التي تكون عليه مما لا تثبت بعدها والوصية بها وقد يكون [illegible] يوصي فيه ما تؤدى
من تلك الحقوق وإذا حملناه على الندب فيحتمل أن يريد به الوصية بشيء من ماله في وجوه القرب
ويكون معنى قوله له شيء يوصي فيه المال الواسع الذي يحتمل الوصية بالثلث أو أقل قال الله تعالى
كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين قال أهل التفسير
الخير المال قال قتادة الخير ألف دينار فما فوق وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه نحوه
وروي عنه أنه قال لابن عم له حين قال له أراد أن يوصي وله ما بين الثمانمائة إلى السبعمائة أنه لا يوصي فإنك لم
تترك خيرا [illegible] الوصية لمن لا دين عليه ولا حق لأحد [illegible] وإن كانت
[illegible] الدينار [illegible] ولا خلاف أن الصدقة [illegible] أفضل
والأصل في ذلك ما رواه أبو [illegible] عن أبي هريرة قال قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم أي الصدقة
أفضل قال أن تصدق وأنت صحيح حريص تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم
قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان وأما الموصى به [illegible] رضي الله
عنه [illegible] لا [illegible] الله [illegible]
[illegible] وكان ماله من السبعمائة إلى التسعمائة [illegible] الله [illegible] أن يوصي [illegible]
[illegible] وله [illegible] الولد [illegible] وروي عن النبي
صلى الله عليه وسلم [illegible] لسعد بن أبي وقاص الثلث [illegible]
[illegible]

([illegible]) [illegible]
[illegible]

([illegible] الموصى [illegible])

فأما الموصى [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

قبل أن يعين وصيته ثم ذكر حاجته قال ابن عون فذكرنا لنافع مولى ابن عمر فقال كانت أم المؤمنين توصي بهذا وحدث عن أنس بن مالك أنه قال كانوا يوصون أنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم إن كانوا مؤمنين وأوصى بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب يا بني إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون وأوصى إنه إن مات من مرضه هذا قال أشهب عن مالك في المجموعة قيل له إن رجلاً كتب في ذلك أؤمن بالقدر خيره وشره حلوه ومره قال ما أرى هذا إلا وكتب الطفرية والإباضية قد كتب من مضى وصاياهم فلم يكتبوا مثل هذا (مسئلة) فمن كتب وصيته بخطه ووجدت في تركته وعرف أنه خطه بشهادة عدلين فلا يثبت شيء منها حتى يشهد عليها وقد يكتب ولا يعزم ورواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة والعتبية قال ابن المواز عن أشهب ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول إنها وصيتي وإن ما فيها حق وإن لم يقرأها وكذلك لو قرئت عليه فقالوا نشهد أنها وصيتك وإن ما فيها حق وإن لم يقرؤها وكذلك لو قرئت وقالوا نشهد أنها وصيتك فقال نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز قال ابن المواز عن مالك وإن لم يقرأها عليهم فليشهدوا أنها وصيته أشهدنا على ما فيها ووجه ذلك أنه إذا كانت الوصية مستورة يريد أن يجمعها بكتابته ثم يضطروا الى تقييد الشهادة في أثرها ليشهدوا وليس عليهم قراءة الوصية فقد يريد الستر بمضمنها وقد تطول عقد الوصية فيشق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك لأنه إنما يشهد على الموصي بما أشهده فإن كان مما يجوز إنفاذه أنفذ وإن كان مما لا يجوز إنفاذه رد ولا تأثير في ذلك على الشاهد وكذلك سائر العقود والسجلات إلا أن يكون من الاسترعاءات التي يقيد على علم الشهود فهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويفهمه لأنه يخبر عن جميعه أنه في علمه وعلى ذلك يكتب شهادته فيلزمه أن يتصفحه ليعلم أن جميعه في علمه ومما يصح له أن يشهد به (مسئلة) ومن كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا على ما فيها فكتبوا شهادتهم ثم مات ففي العتبية لابن المواز من رواية أشهب عن مالك إن لم يشك الشاهد في الطابع فليشهدوا وسئل هل يشهد إذا لم يكن الكتاب بيده حتى يصير إليه بعد حين ولم يختص وأخذوهم عند أي شهادة الذي الوصية في يده والآخرون يشهدون على خاتمه ولا يعلمون ما تحته وقال أما أولاً فأما الآخرون فلا أدري كيف يشهدون وكذلك روى ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك أن من جاء بكتاب مختوم يقول إنه وصيته ويدعو الشهود الى أن يشهدوا عليه بما فيها فإنهم إن ختموا عليها بخواتمهم لم يجز لهم أن يشهدوا بها واحتمل أن يكون لم يكتب وإنما ثم كتب ما شاء بعد إشهاده لهم ويريد أن ينفذ على ما كان فيها يوم الشهادة لهم فيه دون الشهادة على ما لم يكن أشهدهم عليه يوم الإشهاد وإنما أحدثه بعد ذلك وأما إذا أرادوا أن يتحققوا ما فيه فإن أنكر لم تجز الشهادة عليه بما فيه لأنهم لا يعلمون مما شهدوا به ولو كانت الوصية على حالها عند أحد الشهود جاز له أن يشهد وأما غيره من الشهود فقال مالك لا أدري كيف يشهدون وأما إذا ختم كل واحد منهم على خاتمه وعرف ختمه عند أداء الشهادة فإن ذلك جائز سواء كان فيها شيء مكتوب أو لم يكن ومنعها الموصي ما شاء من الإبطال لأنه لا مضرة على الشاهد في ذلك ص * قال يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه أو غير ذلك فإنه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت وإن أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدلها فعل إلا أن يدبر مملوكاً فإن دبر فلا سبيل الى تغيير ما دبر وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة * قال مالك فلو كان

* قال يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه أو غير ذلك فإنه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت وإن أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدلها فعل إلا أن يدبر مملوكاً فإن دبر فلا سبيل الى تغيير ما دبر وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة * قال مالك فلو كان

الموصي لا يقدر على تغيير وصيته ولا ما ذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذي أوصى فيه من العتاقة وغيرها وقد يوصي الرجل في صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أنه يغير من ذلك ما شاء غير التدبير ش وهذا على ما قال ان الموصي في صحته أو مرضه يعتق بعض رقيقه أو يتصدق بصدقة أو غير ذلك من أعمال البر فإنه غير لازم له لأن عقد الوصية عقد جائز غير لازم وله أن يغير من ذلك ما شاء ويبطل منه ما شاء من غير عوض أو بعوض ... في صحته أو مرضه ما لم يمت فإذا مات فقد لزمت تلك الوصية فليس لغيره أن يغير شيئا من ذلك ولا ... وأما التدبير فإنه عقد لازم ليس له عقد الرجوع ... ولا ... وقد ذكرنا ... كتاب ... إن شاء الله تعالى ...

[illegible]

الموصي لا ... على تغيير وصيته ولا ما ذكر ...

[illegible]

ولا سفر فإن مات في مرض آخر أو سفر آخر فالمشهور من قول مالك من رواية ابن القاسم وأ [illegible]
أن وصيته نافذة وفي المجموعة عن سحنون ان رواية ابن القاسم الاخرى عنه أحسن انها ان كانت
[illegible] فهي باطلة وان كانت [illegible] وقاله ابن [illegible] الحكم وسواء مات في مرض أو سفر
أو في غير مرض ولا سفر ووجه الرواية الأولى [illegible]
[illegible] وجه الرواية الثانية أن [illegible]
[illegible]
(مسئلة) فإن مات [illegible]
[illegible] في المجموعة ان
الاستحسان [illegible]
[illegible]
الموت [illegible]
[illegible] رواية ابن القاسم [illegible]
[illegible] والاشهاد [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الاولى في [illegible]
[illegible]

ومن قال فلان حر يوم أموت فقد قال مالك في المجموعة إن أراد التدبير فهو مدبر وإلا فهي وصية
وروى عنه ابن وهب أن كل عتق بعد الموت فهو وصية حتى ينص على التدبير فيقول عن دبر مني
وقال أشهب إن قال ذلك في غير إحداث وصية فهو تدبير (مسئله) وإذا أعتق المريض أو الحامل
أو تصدق ولم يقل إن مت ثم صح فقال أردت إن مت وقال الشهود ظننا أنه أراد البتل قال علي عن
مالك ينظر في ذلك بما يستدل به على قصده وقال عنه ابن وهب بعض ذلك يدل على بعض ما قال عتقه
فإن رأى أنه أراد الوصية فهي وصية يرجع فيها وإلا فلا رجوع له ويمضي وقال عنه علي في مريض قيل
له أوص فقال فلان حر ثم صح فقال أردت بعد موتي فذلك له ووجه قول مالك أن لفظ إيقاع العتق
والصدقة ظاهره البتل وتعليقه ذلك بشرط لا يثبت إلا بأمر يعرف به فإن تبين ذلك من لفظ العقد
وما قبله وبعده فقد بين من ذلك ما يقوم مقام الدلالة ما قلناه وإن عري عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه
البتل وكذلك روى ابن وهب عن المخزومي فيمن قال في وصيته لفلان عشرة دنانير صدقة و[illegible]
فلان حر وفلان مدبر ثم رجع بعد أن صح وقال لم أقل ذلك إلا في التدبير لأن العتق يمكن أن يكون
بعد الموت وإنما كان ذلك لأنه [illegible] إلى عقد وصيته فكان لفظها محمولا على معناها إلا ما اختص
بالمعلوم من التدبير والله أعلم وأحكم وإن عري من ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل وأما
إذا قيل أوص فقال فلان حر ثم قال أردت الوصية فإن قوله لما كان جوابا لما التمس منه من الوصية
فكان الظاهر من لفظه أنها وصية حمل اللفظ على مقتضى سببه الظاهر

(الباب الثاني في [illegible] الوصية)

وذلك على ثلاثة أضرب أحدها الزيادة فيها والثاني النقص منها والثالث إبطالها جملة فأما
الزيادة فيها فعلى قسمين أحدهما أن يزيد في وصيته لمن أوصى له أولا والثاني أن يزيد
[illegible] أوصى له أولا فأما القسم الأول فلا خلاف في الزيادة المزيد له بها سواء كانا من جنس
أو من [illegible] الأن [illegible] الزيادة على الملك وقد روى ابن وهب
وابن القاسم [illegible] أوصى بوصية [illegible] ثم أوصى بأخرى عند الموت ولم
يذكر الأولى [illegible] (مسئله) وأما القسم الثاني وهو أن يكون
[illegible] الأولى أو [illegible] كان من جنسها
[illegible] والقاسم
[illegible] أوصى لرجل [illegible] أوصى [illegible] أو آخر
[illegible] أوصى له [illegible]
[illegible] أوصى له [illegible] أوصى له [illegible]
[illegible] الأولى [illegible] وصية [illegible] واحدة كان له
[illegible] أوصى [illegible] كان
[illegible] أراد [illegible] الوصيتين [illegible] أوصى [illegible] من ذلك [illegible]
[illegible] أولاهما [illegible]
[illegible] والله أعلم وأحكم (فرع) [illegible] فقد قال ابن [illegible]
[illegible] كتاب واحد [illegible]
[illegible] كتاب

واحد بخمسة ثم ثنى بعشرة جاز أن يقال عشرة منها الاولى ولو قال أولا عشرة لم يجز أن يقول بعدها خمسة منها العشرة الاولى وسوى ابن القاسم بين الكتاب والكتابين وجعل له الأكثر بدأ بالأقل أو الأكثر وقد تقدم توجيهه ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك (مسئلة) وعلى حسب ما تقدم يجرى الوصيتان فى الذهب والفضة والعروض التى تكال وتوزن أولا تكال ولا توزن والحيوان والدور والثياب وغير ذلك مالم يكن فى شئ معين قاله أشهب فى المجموعة وابن القاسم عن مالك وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك فى المكيل والموزون وأما العروض فله الوصيتان بما صل ذلك أو يساوى كان فى كتاب أو كتابين وجه القول الأول انهما وصيتان متماثلتان كالمكيل والموزون ووجه القول الثانى ان التماثل فى العروض معدوم ولذلك يقضى فيها بالقيمة فكانت الوصيتهما كالمختلفين مما يكال أو يوزن (فرع) اذا ثبت ذلك فلا خلاف ان الدراهم من سكة واحدة متماثلة وكذلك الافراس والابل والعبيد وأما الدنانير والدراهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انهما متماثلان لانهما صنف واحد وحكى عن ابن القاسم انهما غير متماثلين وقاله أصبغ وقال محمد بن المواز وكذلك القمح والشعير والدراهم والسبائك من الفضة وجه القول الاول ما احتج به ابن الماجشون من انهما صنف واحد يزيد فى الزكاة ووجه قول ابن القاسم أنهما غير متماثلين فى الصورة والقيمة وهما جنسان ولذلك جاز فيهما التفاضل ولا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد منهما (فرع) اذا قلنا ان الدنانير والدراهم متماثلان فأوصى له بدنانير ثم أوصى له بدراهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انه يعتبر الاول والاكثر بالصرف (مسئلة) ولو أوصى بعددين متساويين فى الجنس والعدد مثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يوصى له بعشرة دنانير فان له العددين جميعا رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وعلى هذا مذهب مالك وأصحابه وحكى القاضى أبو محمد فى معونته ان الوصيتين اذا كانتا متماثلتين فى الجنس والعدد فان له احداهما لجواز أن تكون الثانية تكرارا أو تأكيدا وهو يتخرج على قول أشهب فيمن أوصى لرجل بسلعة ثم أوصى له بسلعة (مسئلة) وان كان ما أوصى به معينا كعبد بعينه ثم أوصى له بعبد آخر بعينه فله الوصيتان لان التعيين يمنع أن يريد بالوصية الثانية الاولى فوجب أن يجمعا له لان لكل وصية مقتضاها فلزم انفاذها لانه لم يظهر رجوع عنها وكذلك لو أوصى له بدنانير مختلفين وان لم يكن معينة كدنانير ودراهم على رأى ابن القاسم فان له الوصيتين جميعا معينتين كانتا أو غير معينتين فى كتاب واحد أو فى كتابين بدأ بالاقل أو الاكثر لان اختلاف الجنس والاسم يمنع أن يريد بالثانية الاولى فلزم أن يحمل الوصيتان على انه أراد أن يجمعهما له (مسئلة) ولو أوصى له بثلث ماله ثم أوصى له بثلث فخاصص بالاكثر لانهما متماثلان فى اللفظ والجنس فكان له أكثرهما قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة كما لو أوصى له بعشرة دنانير ثم أوصى له بخمسة ولو أوصى له بثلث ثم أوصى بثلث آخر فقد قال أشهب فى المجموعة يحاص بثلث واحد والاثلاث كالدنانير لا يعرف بعينها وكان يجئ على مذهب ابن القاسم وأكثر أصحابنا أن يحاصص بالثلثين الا أن يريد كونه مخبرا عن الزيادة على الثلث فيقضى حمل الوصية الثانية على انها هى الاولى ولا سيما انهما فى اللفظ والمعنى مع كونه هو عاما فى الزيادة على لفظ الاول كثيرمالا أو قل وهو بخلاف من أوصى بدنانير ثم أوصى له وان كان الاول قد استغرق الثلث لانه قد يريد الثانية تكون للعدد الثابت على والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى له بالثلث ثم أوصى له بعبد أو بعدة دنانير فقد قال أشهب فى المجموعة يحاص

بالثلث وبعدد الدنانير أو العبيد [illegible] يدفعه وقاله ابن القاسم قال سحنون معناه عندي أن ماله عين
كله وفي العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم [illegible] له أكثر الوصيتين [illegible] والثلث
قال أصبغ [illegible] وجه القول الأول أن الوصية بالثلث وبعدد دنانير مختلفان [illegible]
أن [illegible] الموصى له كالوصية بالدنانير والعبيد ووجه القول الثاني أنهما [illegible] جنس واحد
متماثل في النوع وقول سحنون في الذي [illegible] بالثلث وبعدد الدنانير معناه أن يكون جميع
التركة عينا ولذلك جعل [illegible] من جنس [illegible] الدنانير على قول سحنون [illegible]
له [illegible] ولا [illegible]
[illegible] (فصل) [illegible]

[illegible]

(مسئلة) ولو أوصى له بغزل فحاكه ثوبا فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم هو رجوع عن الوصية قال أشهب لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى فيه فبطل الوصية (مسئلة) ولو أوصى له بثوب فقطعه قميصا ففي الموازية لابن القاسم انه رجوع عن الوصية وقال أشهب وكذلك لو أوصى له بقمح فطحنه دقيقا أو خبزه أو ردها قمحا أو ببطانة ثم بطن بها ثوبا أو بظهارة ثم ظهر بها ثوبا أو بقطن ثم حشاه أو غزله أو بفضة ثم صاغها خاتما أو بشاة ثم ذبحها فبطلت الوصية بذلك كله لأنه لا يقع الاسم الذي أوصى فيه وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية اذا قال ثوبي لزيد ثم قطعه قميصا أو لبسه فرقعه فليس برجوع وهو للموصى له قال ولو أوصى له بشقة ثم قطعها قميصا أو سراويل كان رجوعا فالمعتبر الاسم فاعتبر ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذي علقت عليه الوصية فاذا عمل فيه عملا أزال ذلك الاسم بطلت الوصية واذا لم يزل العمل الاسم فالوصية باقية والله أعلم وانما كان اسم الثوب يقع على الشقة قبل القطع وبعده لم تبطل الوصية بقطعه لأن القطع لا يزيل عنه اسم الثوب ولما كانت الشقة لا تقع على الثوب الا قبل القطع بطلت الوصية بالقطع لأنه يزيل عنه الاسم الذي علقت به الوصية (مسئلة) واذا أوصى له بعرصة ثم بناها دارا فقد قال أشهب في المجموعة ذلك رجوع ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فليس برجوع لأنه أوصى له بعرصة وبناء فأزال البناء وأبقى العرصة وهذا رجوع من أشهب في دخوله بالاسم الا أنه يلزمه ذلك في الزيادة دون النقص فيكون اسم الدار واقعا على البناء والعرصة وبانيها فاذا أزال البناء بقيت العرصة على ما كانت عليه من الاسم وكان يلزمه على هذا القول اذا أوصى بعرصة فبناها أن لا تبطل الوصية بالعرصة لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وروى أبو زيد وأصبغ عن ابن القاسم في العتبية اذا أوصى له بعرصة فبناها كانا شريكين بقيمة البناء والعرصة ووجه قول أشهب أنه قد زال عن العين الموصى بها ما يقع عليه الاسم فكان تغييرا للوصية كنسج الغزل ووجه قول ابن القاسم ان الزيادة في العين على حالها تغيير الوصية وليس كذلك النسج فانه قد غير عن الغزل وأما العرصة فهي باقية على ما كانت عليه فأشبه الصبغ في الثوب الذي أضيف الى الثوب دون الصبغ الى الثوب (فرع) واذا لبس الثوب لم يكن رجوعا على قول أشهب الا أن يكون النقص قال أشهب لا وصية في النقض وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم النقض للموصى له ووجه قول أشهب أن اسم البناء لا يتناوله اسم الدار بعد النقض فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذي علقت عليه الوصية ووجه قول ابن القاسم ان النقض ليس بأكثر من تفريق الاحجار وذلك لا يمنع وجود الوصية كقطع الثوب قميصا (مسئلة) ولو أوصى له بزرع ثم حصده او بثمر ثم جده او بصوف ثم جزه لم يكن رجوعا في الوصية قال ابن القاسم في المجموعة الا أن يدرسه ويكيله ويدخله بيته فيكون رجوعا عن الوصية ووجه ذلك أن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد وصورته باقية لم تتغير وانما وجه نقله وازالته عن موضعه فلم يكن رجوعا كقطع الثوب وأما اذا كاله بعد درسه وأدخله بيته فان ذلك تصرف ... الا ... فكان ذلك رجوعا عن الوصية ... واذا ... أقوى كما ... والله أعلم وأحكم

﴿ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ﴾

حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن هاهنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا إلا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقي * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له إن فلانا يموت أفيوصي قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم

ش ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر ابن الخطاب إن هاهنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا إلا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقي * مالك عن يحيى ابن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له إن فلانا يموت أفيوصي قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم ﴾ ش اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة رواه عيسى بن ابن القاسم عن مالك في المدنية وقد ذكر يحيى بن سعيد في روايته عن أبي بكر أن الغلام كان ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فإنه كان بصفة أبو بكر بأنه يفاع وتارة كان يصفه بأنه ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة وذلك كله سواء وقوله لم يحتلم على سبيل البيان لحاله وما تقدم وصفه به من أنه لم يخرج بعد من حد الصغر والاحتلام في الرجال والنساء حد بين الصغر والكبر ويختص في النساء بالحيض فهو فيهن حد بين الصغر والكبر

(فصل) وقوله أخبره أنه قيل لعمر إنه بالمدينة ووارثه بالشام وليس له بالمدينة إلا ابنة عم يريد أنها انفردت بالقيام بأمره والرفق به وإن كان وارثه الذي يمكن أن ينفرد بذلك أو يشاركها فيه بالشام ولعله قد قصد بذلك إلى تبيين عذره مع انفرادها بالقيام بأمره والتعب فيه والتمريض له لا يعود النهاسي من ماله ولعل الغلام قد استحيا من أن يخرج جميع ماله مع رفقها به وانفرادها بالعناية فنبه عمر رضي الله عنه إلى أن يوصي لها وأعلمه أن ذلك مباح له وسائغ في الشرع وإن كان لم يبلغ الحلم وبهذا قال مالك والليث وأجمع عليه علماء المدينة أن وصية من لم يبلغ فيهم ما يوصي به من القربة والله أعلم جائزة وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وصية السفيه ولا يجوز وصية من لم يحتلم والدليل على ما نقوله إن الصغير حجر فلا يمنع صحة الوصية كالتبذير كالسفه (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال مالك يجوز وصية اليفاع رواه ابن المواز وأجاز مالك وأصحابه وصية الصغير الذي يعقل ما يوصي به ابن سبع سنين وشبهه وقال أصبغ يجوز وصية الصبي الصغير إذا أسلم وعقل وهذا فيما لا يلزمه من الوصية وأما التدبير فقد قال عبد الملك لا يجوز تدبير من لم يبلغ الحلم وقال أشهب لا يجوز تدبير المولى عليه وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى والفرق بين الوصية والتدبير أن التدبير عقد لازم (فرع) إذا أوصى الصبي إلى غيره بوصية فرق بينه فلا يوصي أن يلي غيره من بنيه قاله أشهب ووجه ذلك أنه محجور عليه وإنما أجيز إنفاذ فعله في وجوه وصيته وليس له صرف تولي ذلك إلى غير وصيه الذي تلزمه حجره (مسألة) وأما الصغير الذي لا يميز فلا خلاف بين العلماء في أنه لا تجوز وصيته ووجه ذلك أنه لا يصح قصده كالمغمى عليه

(فصل) وقوله فليوص لها رضي بنت عمه من قرابته وذلك دليل على جواز الوصية للقريب الذي لا يرث ولا خلاف في جواز ذلك قال الله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين فنسخت الوصية للوالدين والوارث وبقيت في حق الوارث القريب

الذي لا يرث ومن جهة المعنى أنه إنما حجر عليه في حال حياته في ماله لحقه لا لحق غيره فلما مات بطل
أن يحجر عليه لحقه لأنه لم تبق له منفعة في ماله غير ما يوصي به فكان الشطر له يجوز وصيته (مسئلة)
وتجوز الوصية للأجنبي مع وجود القرابة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والأوزاعي والثوري وقال
الحسن وطاوس إن فعل ذلك ردت وصيته إلى قرابته وقال ابن المسيب من أوصى لغير قرابته سلبه
رد إلى قرابته من ذلك ثلثا الثلث ويبقى الثلث للموصى لهم وبه قال ابن راهويه

(فصل) وقوله فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم يقتضي أن اسم المال يقع عندهم على الأرضين
والأصول الثابتة وقوله فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم على معنى الإخبار عن جواز وصيته
بكثير المال وأن ذلك لا يختص بقليله وأن وصيته تصح بالتمليك المطلق للأعيان ولا تختص بالحبس
والتسبيل

(فصل) وقوله وأن ابنة عمه الموصى لها هي أم عمرو بن سليم يقتضي الإشارة إلى تصحيح الرواية
ومن أعاه الراوي الذي هو عمرو بن سليم لها التعلق بها ويحتمل أن يشير بذلك إلى أن وصية الصغير
تجوز للغني إن كانت معروفة بالغنى وغير داخلة في جملة الفقراء ص * قال يحيى سمعت مالكا
يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفيق أحيانا تجوز
وصاياهم إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك
ما يوصي به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له * ش وهذا على ما قال إنه تجوز وصية الضعيف في
عقله يريد الضعيف العقل وهو الذي لا يستقل بنفسه ويحتاج إلى من يلي أمره لعجزه عن مباشرة
أحواله وهو مع ذلك يميز ويفهم وقد روى ابن وهب وأشهب عن مالك تجوز وصية الأحمق يريد
بذلك الذي وصفناه بضعف العقل وأما السفيه فإنه يريد الذي يتلف ماله في وجوه السفه أو يشتغل
عن تثميره وحفظه بالبطالة وأما المصاب فهو الذي أصيب بعقله إما بصرع أو بما شاء الله تعالى فإذا كان
يفيق أحيانا أو كانت وصيته حين إفاقته فهي جائزة قال عبد الملك تجوز وصية المجنون في حال إفاقته كما
تجوز شهادته في حال إفاقته إن كان عدلا (مسئلة) وإذا أذن المولى عليه فيما لا يلزمه ذلك كالذي
إلا أن يوصي به تجوز ذلك في ثلثه رواه محمد عن أشهب عن مالك قال ابن كنانة وإن كان شيء
ذلك النقص من رأس المال أو لم يجعله في ثلثه لم يجز ذلك على ورثته فإذا أوصى به على وجه الوصية
فهو مبدأ على وصاياه (مسئلة) وأما تدبير السفيه فقال عبد الملك إن دبر السفيه جارية كثيرة
الثمن لم يجز تدبيره ويجوز في قليلة الثمن وقال أشهب لا يجوز تدبير المولى عليه ولا يبطل وقال ابن
القاسم له تدبيره في المرض فإذا صح بطل ذلك وقال ابن كنانة يجوز وصية المولى عليه وتدبيره
وما لا منفعة فيه إلا بعد موته وأما عتق من ماله في حياته وعدم رشده وجه قول أشهب أنه من العتق
اللازم فلا يلزمه كالعتق والشراء ووجه قول ابن القاسم أن له حكم الوصية فإذا برئ من مرضه روعي
أمره فإن تبين رشده حكم التدبير والوصية واحد فيه ذلك وإن أفاق بطل ذلك لأنه عقد لازم

﴿ الوصية في الثلث لا تعدى ﴾

ص (مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه أنه قال جاءني رسول الله صلى
الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى
وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفيق أحيانا تجوز وصاياهم إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصي به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له

﴿ الوصية في الثلث لا تعدى ﴾

* حدثني مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد ابن أبي وقاص عن أبيه أنه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال الإمام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن
تذرهم عالة يتكففون الناس وإنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت حتى ما تجعل في في
امرأتك قال فقلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنك لن تخلف
فتعمل عملا صالحا إلا ازددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك
آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة ✻ ش قول سعد جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم
يعودني عام حجة الوداع سنة في عيادة المرضى وهي من القرب يدل على ذلك ما روى معاوية بن
سويد بن مقرن عن البراء بن عازب أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم أن نتبع الجنائز ونعود المرضى
ونفشي السلام

(فصل) وقوله رضي الله عنه قلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى دليل على جواز إخبار
العليل بشدة حاله إذا دعت بذلك الحاجة إلى النظر في دوائه ونحو ذلك إذا دعت بذلك إلى عيادة أهله
ونحو رأى خير بذلك من رجاء بركة دعائه ونحو ذلك من تعلم إشفاقه وقد روى الحارث بن سويد
عن عبد الله دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم وهو يوعك فقلت يا رسول الله إنك لتوعك وعكا قال
أجل إني أوعك كما يوعك رجلان منكم وروى القاسم بن محمد أن عائشة قالت وارأساه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم بل أنا وارأساه لقد هممت أن أوصي إلى أبي بكر والله وأعهد وإنما يكره
ما كان منه على وجه التشكي والسخط وذلك محبط للأجر أو مورث للإثم والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي هذا اللفظ وإن كان يقع على يسير المال وكثيره فإنه
لا يستعمل إلا في كثيره وإنما استكثر مثل ذلك المال لأنه لا يراد إلا على عادة العرب وما كانت
تخلف عليه من أنها لم تكن تعد المال للنساء وإنما كانت تعده للرجال ويحتمل أن يكون ظن أنها
ترث جميع المال ويحتمل أن يكون استكثر بعض ماله لها أو رأى أنه إذا [illegible] بها
بعض ما [illegible] قال القاضي أبو الحسن قوله ولا يرثني إلا ابنة [illegible] يريد من النساء
ويحتمل أن يريد بقوله أفأتصدق بثلثي مالي [illegible] ويحتمل أن يريد أن يوصي بذلك
[illegible] صلى الله عليه وسلم عن [illegible] السطر وأباح [illegible]
[illegible] القاضي [illegible] الثلث [illegible]
[illegible] مال وذلك [illegible] الزيادة [illegible] على الوصية [illegible] الوصية [illegible]
[illegible] ابن عباس أنه قال [illegible] الناس إلى الربع لأن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير أو كبير [illegible] أكثر [illegible]
والندب إلى [illegible] وروي [illegible] رضي الله عنه [illegible] أوصى [illegible] وأوصى أبو بكر الصديق
[illegible] (مسألة) [illegible]
[illegible] على أن من كان له وارث [illegible] لقول النبي صلى الله عليه
[illegible] والثلث كثير [illegible]
[illegible] (مسألة) [illegible] وارث [illegible]
[illegible]
[illegible] وعلي بن أبي طالب [illegible] على ما سواه [illegible]
[illegible]

قال الإمام قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم الثلث والثلث
كثير إنك أن تذر ورثتك
أغنياء خير من أن تذرهم
عالة يتكففون الناس
وإنك لن تنفق نفقة تبتغي
بها وجه الله إلا أجرت حتى
ما تجعل في في امرأتك قال
فقلت يا رسول الله أأخلف
بعد أصحابي فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم إنك
لن تخلف فتعمل عملا
صالحا إلا ازددت به درجة
ورفعة ولعلك أن تخلف
حتى ينتفع بك أقوام
ويضر بك آخرون
اللهم امض لأصحابي
هجرتهم ولا تردهم على
أعقابهم لكن البائس
سعد بن خولة يرثي له
رسول الله صلى الله عليه
وسلم أن مات بمكة

عنه فلم يكن له أن يوصي بأكثر من الثلث أصل ذلك من ورثه سواه (مسئلة) فاذا أوصى الميت
بأكثر من الثلث فأجازه الورثة جاز ويكون ذلك تنفيذا منهم لفعل الموصي ولم يكن ابتداء عطية
منهم للموصى له خلافا للشافعي في قوله انها ابتداء عطية قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك
ان المنع انما هو لحق الورثة فاذا أجازوا وأنفذوا تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت
فمن له أن يأذن له قبل أن يوصي ومن له حكم الثلث (مسئلة) وان رده الورثة رد منه ما زاد على
الثلث وليس لهم رد شيء من الثلث ووجه ذلك ان حقوقهم انما تتعلق بما زاد على الثلث فليس لهم أن
يتعدوه الى ما لم تتعلق به حقوقهم لان حقوقهم تتعلق بثلثي المال بمرض الموصي وانما تتعلق حقوقهم
بالثلث الباقي بموت موروثهم دون وصيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن مات ولا وارث
له فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم يتصدق بما ترك الا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه مثل
عمر بن عبد العزيز فليدفع اليه وكذلك من أعتق نصرانيا فمات النصراني ولا وارث له فليتصدق
بماله ولا يجعل في بيت المال ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر فاذا
كان ممن لا يصرفه في وجوه البر فلمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر (مسئلة) ومن أوصى
له من لا وارث له بجميع ماله بعد قال مالك يجوز أن يتصدق بثلثه قال ابن المواز يتصدق بذلك عن
المسلمين لا عن الميت ووجه ذلك ان ملك الموصي قد زال عن ثلثي ماله الى وارث معين أو غير معين فان
كان معينا دفع اليه وان كان غير معين تصدق به عمن صار اليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى
نصراني بجميع ماله للكنيسة ففي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يدفع الى أساقفتهم ثلث
ماله وثلثاه للمسلمين ووجه ذلك ان الذمي اذا لم يكن له وارث فان ماله للمسلمين فالحكم في تركته بين
المسلمين وبين الناظر في الكنيسة يجري على حكم الاسلام فلا يجوز له وصيته في أكثر من ثلثه
(مسئلة) وهذا ان أوصى بأكثر من الثلث دون اذن الورثة فان أذنوا له [illegible]

(فصل) فأما قوله أفأتصدق بثلثي مالي على استعمال الصدقة في المرض فان النبي صلى الله عليه
وسلم منع من ذلك وانما أطلق الثلث على انه كثير وعلى هذا فهمنا انه لا مضارة له لا يجوز
للمريض أن [illegible] من ماله الا انما يتصدقه أو يعتق [illegible] أو يحابي [illegible] فان زاد على ذلك فالزيادة
موقوفة [illegible] حكمه حكم الوصية ان أجازه الورثة والا رد الى الثلث ولا
يعتبر في ذلك نص [illegible] لان حكمه حكم الوصية وقد أجمل الظاهر فالواجب يلزمه الجمع اذا ثبت
البت أو الصدقة والدليل على ذلك ان سعدا قال أفأتصدق بثلثي مالي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لا ثم
قال الثلث والثلث كثير [illegible] في رد ما زاد [illegible] حديث عمران بن حصين في الذي أعتق
في مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين وأرق
أربعة (مسئلة) اذا ثبت ان حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة [illegible] القاضي
أبو محمد في معونته انه ليس له حكم الحجر [illegible] على قدر حاجته من الاكل [illegible] والكسوة
والتداوي والعلاج [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] (مسئلة) [illegible]

عنده الا ليس له غيره فوضع قيمته فان كانت المحاباة قدر ثلثه جاز وان كانت أكثر من ثلثه جاز منها قدر
الثلث رواه علي بن زياد عن مالك وفي المواز ية عن ابن القاسم فمن أسلم في سلعة ثم أقال منها في
مرضه [illegible] ولم يدع غيرها فان لم يكن في ذلك محاباة فهو جائز وان كانت فيه محاباة خير الورثة بين
الاجازة وبين ان يقطعوا له بثلث ما عليه ومثله روى ابن حبيب عن أصبغ وقال عيسى يعني له
منه بالمحاباة فيه ثم يخير الورثة في باقيه فاما سلموه واما قطعوه بثلث مال الميت في باقي العقد وهذه
الألفاظ كلها تعود الى معنى واحد وهو أن محاباته في ثلثه وانما اختلفت عباراتهم لان بعضهم قصد الى
بيان معنى الحكم وبعضهم قصد الى صفة تناول الأمر والله أعلم وأحكم (فرع) فان قال المبتاع أنا
أدفع بقية ثمن العقد وآخذه فقد قال عيسى وأصبغ ليس له ذلك قال عيسى ولا للورثة أن يلزموه ذلك
يريد والله أعلم أنها الاقالة أخذ بقية الثمن منه (مسئلة) وانما ينظر الى قيمة المبيع يوم البيع لا يوم
موت البائع قاله أصبغ سواء كان البيع من وارث أو غيره ووجه ذلك أن المبتاع يضمن المبيع
من يوم البيع فوجب أن ينظر في قيمته يوم البيع فان زادت بعد ذلك القيمة أو نقصت فانما طرأ ذلك
على ملكه (مسئلة) وان باع في مرضه وزاد في ثمنه [illegible] في ذلك أو أوصى أن يباع ذلك منه وقيمته
محاباة أو لا محاباة فيه فهو جائز قاله أصبغ قيل فقد قال قائل انه حرام للأجير قال لا أرى ذلك الا حلالا لانه
لم يرد به الأجر ووجه ذلك انه موقوف على الفسخ فهو جائز حتى يرد كالرد بالعيب (مسئلة) ومن
نكح امرأة في مرضه [illegible] لذلك ودخل أو [illegible] فذلك مردود الى الورثة والنكاح
ثابت ويتبعها الزوج بالمهر من المواز ية ووجه ذلك أنها [illegible] في المرض فلا يعوض بالنقص وانما الحكم
الوصية ان مات من ذلك المرض
(فصل) وقوله انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس يقتضي أن
ذلك خير لسعد والا فلا فائدة له فيما هو خير لغيره دونه وذلك يكون من وجهين أحدهما أن [illegible]
في شيء من الناس أطيب له [illegible] من أن يدعهم عالة يتكففون الناس وهذا الذي حمل [illegible] أكثر
الناس وان أحد في الأغلب الا [illegible] الخير والحظ لذريته [illegible] في ذلك على نفسه والثاني
انه يحتمل أن يشير بذلك صلى الله عليه وسلم الى أنه أفضل له في الآخرة وأكثر لاجره اما لان حكم [illegible]
يجب أن يكون [illegible] واما لان صلة من قرب منه أولى من صلة من بعد منه وأعظم لأجره
لقوله تعالى أو اطعام في يوم ذي مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة وقوله واعبدوا الله ولا
تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار
الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل فقدم الوالدين ثم ذا القربى ولما روي عنه صلى الله عليه
وسلم في هذا الحديث واما لان حق الورثة قد تعلق بثلثي ماله تعلقا منع العليل منه فجعل له الرضا بذلك
والذي لم [illegible] الله تعالى [illegible] الى ان لافة حق الورثة بعده فقراء عالة وانما ورد الامر
بالوصية [illegible] قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك
خيرا الوصية [illegible] ان الغني فيه خير ولو كان الغني شرا لكان خيرا له أن لا يدع
ورثة [illegible]
(مسئلة) [illegible] الا [illegible] احتى ما [illegible] في امر أهل [illegible]
[illegible] الحق وانما [illegible] الى الاهل [illegible] بذلك
[illegible] وان كان [illegible] وان كان [illegible] الحال [illegible]

الانسان على أهله لا يهمله ولا يضيعه ولا يسعى الا له مع كون الكثير منه واجبا عليه وما ينفقه الانسان
على نفسه انما يؤجر فيه اذا قصد بذلك التقوّي على الطاعة والعبادة

(فصل) وقوله رضي الله عنه قلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي يريد والله أعلم أن يخلف بمكة بعد
انصراف أصحابه الى المدينة مع النبي صلى الله عليه وسلم اشفاقا من وفاته في الأرض التي هاجر منها
ومنع المرض له عن الرحيل مع أصحابه الى الأرض التي هاجر اليها وقد ذكر قوم أن هذا يدل على أن
حكم الهجرة لم ينقطع بعد الفتح وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح ولكن
جهاد ونية ويحتمل عندي أن يكون معنى ذلك أنه لا هجرة بعد الفتح لمن لم يهاجر قبل الفتح يريد
لا تبتدأ الهجرة بعد الفتح وأما من هاجر قبل الفتح فان حكم الهجرة باق في حقه لازم له الى أن يتوفى
يدل على هذا التأويل حديث العلاء بن الحضرمي انما أذن للمهاجر أن يقيم بمكة ثلاثا بعد الصدر فعلى
هذا من لزمه حكم الهجرة ثبت في حقه وقد منع من الرجوع عنه ولزمه المقام مع النبي صلى الله عليه
وسلم حيث أقام والنصرة له والحماية ومن لم يهاجر قبل الفتح لم يلزمه هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا ازددت به درجة ورفعة يريد
والله أعلم انك ان خلفت فعملت عملا صالحا ازددت به درجة ويحتمل أن يريد بقوله هنا انك لن
تخلف وجهين أحدهما أن تخلف بمعنى أن ينسأ في أجلك فتعمل عملا صالحا والثاني أن تخلف بمكة
التخلف الذي أشفق منه فيكون معناه أن بقاءه بالارض التي هاجر منها لضرورة المرض لا يبطل
شيئا من هجرته بل ما عمل فيها من الاعمال الصالحة يكون له يزيد في درجاته ويرجح ميزانه في الدنيا
والآخرة وانما يحبط من فضل الهجرة البقاء فيها على وجه الاختيار دون ضرورة الى الموت بها على
قول قوم فعلى هذا التأويل فيه اخبار باسعاده لمن يموت بمكة وقوله صلى الله عليه وسلم انه يزداد
بالاعمال الصالحة مع المقام بمكة درجة ورفعة على ما كان عليه بعد الهجرة والى أن يمرض بمكة وهو
على حكم الهجرة ولو كان بمكة على هذا التأويل لكان عمله بها لا يبلغ درجة المهاجر يريد كيف
أن يزداد به درجة ورفعة

(فصل) وقوله لعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون الظاهر منه الاخبار بما
يكون من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وقد قيل في تأويل ذلك ان سعدا أمّر على العراق فأتى
بقوم ارتدوا عن الاسلام وسجعوا سجع الكهان فاستتابهم فتاب بعضهم فقبلهم وأصر أولئك وثبت
بعضهم فانتفعوا به ويحتمل عندي أن يكون اشارة الى ما ندبه صلى الله عليه وسلم اليه من أمر
الكوفة وغيرها وقتال المجوس فانتفع به من استحق النفع واستضر به من استحق الضر وكان في
ذلك تنبيه له على أنه يملك أن ينفع ويضر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اللهم امض لاصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم يحتمل
أن يريد به أن البقاء مع الاختيار بمكة مما يؤثر في الهجرة وهو من باب الرجوع على العقب ويشبه
ما أسند أبهم الله به من الهجرة وأن يوفقهم ويعينهم على ملازمة المدينة دار الهجرة من امضاء الهجرة لهم
وتصحيحها في حقهم وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم خلف رجلا على سعد وقال له ان مات بمكة
فلا تدفنه بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لكن البائس سعد بن خولة البائس من عدمت له النعمة الذي قد ظهر
عليه أثر البؤس من شدة الفقر وقوله يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مات بمكة ذكر ان

من بني ... أن سعد بن خولة كان قد أسلم فأقام بمكة ولم يهاجر حتى مات فكره له النبي صلى الله عليه وسلم
ذلك ورثى له وذكر البخاري أن سعد بن خولة شهد بدرا ثم انصرف إلى مكة ومات بها وروى ابن
بكير عن الليث أنه توفي بمكة في عام حجة الوداع وقال الطبري توفي بمكة سنة سبع والقول الأول
عندي أظهر وهذا ظاهر لفظ النبي صلى الله عليه وسلم انه رثى له أن مات بمكة وهذا يقتضي أن الموت
للمهاجر بمكة يؤثر في هجرته ونقصانها إما أن يكون ذلك لمن اختار المقام بمكة وإما أن يكون لمن مات بها
على أي وجه كان وتعلق ذلك بالاختيار أظهر والله أعلم وأحكم على أنه قل من مات بمكة من المهاجرين
ولعله قد أصابتهم دعوة النبي صلى الله عليه وسلم اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على
أعقابهم ص * (قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلث ماله لرجل ويقول غلامي
يخدم فلانا ما عاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فإن خدمة العبد تقوم
ثم يتحاصان يحاص الذي أوصي له بالثلث بثلثه ويحاص الذي أوصي له بخدمة العبد بما قوم له من
خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من إجارته إن كانت له إجارة بقدر حصته فإذا
مات الذي جعلت له خدمة العبد ما عاش عتق العبد) * ش وهذه المسئلة مبنية على جواز الوصية
بخدمة العبد وسكنى الدار وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثوري والليث وقال ابن أبي ليلى لا يصح
ذلك وقال الطحاوي والقياس ودليلنا من جهة القياس أن هذا تمليك [illegible]
[illegible] (فرع) إذا ثبت ذلك فمن أوصي له بخدمة عبد أو سكنى دار جاز أن يكري ذلك
إلا أن يعلم أن الموصي أراد أن يسكنها [illegible] والأصل [illegible]
[illegible] ملكها أحد بعوض [illegible] كالمستأجر قال ذلك القاضي أبو محمد [illegible]
ذلك من أوصى بثلث ماله لرجل وبخدمة غلامه فلانا ما عاش ثم هو حر [illegible]
أن الوصايا [illegible] الثلث وتساوت في [illegible] المحاصة [illegible] واحد
[illegible] واحد [illegible] والباب الثاني في [illegible]
[illegible] الثلث في عين ما أوصي له به * والباب الثالث في المحاصة بالمعمر [illegible]
[illegible] والله أعلم وأحكم

([illegible])

[illegible]

قال يحيى سمعت مالكا يقول
في الرجل يوصي بثلث
ماله لرجل ويقول غلامي
يخدم فلانا ما عاش ثم هو
حر فينظر في ذلك فيوجد
العبد ثلث مال الميت قال
فإن خدمة العبد تقوم ثم
يتحاصان يحاص الذي
أوصي له بالثلث بثلثه
ويحاص الذي أوصي له
بخدمة العبد بما قوم له من
خدمة العبد فيأخذ كل
واحد منهما من خدمة
العبد أو من إجارته إن
كانت له إجارة بقدر حصته
فإذا مات الذي جعلت له
خدمة العبد ما عاش عتق
العبد

ذلك فوجب التحاص (مسئلة) ومن أوصى بعبده ميمون لزيد ثم أوصى به لعمرو ولم يذكر
رجوعا عن الوصية الأولى فإنه يكون بينهما نصفين رواه ابن عبدوس عن مالك وابن القاسم
وأشهب وكذلك لو كانت دارا لكانت بينهما أو ما حمله الثلث منها وبه قال جمهور العلماء وقال عطاء
وطاوس هو للآخر ودليلنا ما قدمناه أن الوصايا مبنية على المحاصة لأنها حقوق متعلقة في المال
تنتقل عن ميت إلى مالك دون عوض كالمواريث التي يدخلها العول (فرع) إذا ثبت ذلك فقد
حكى ابن المواز أنه بينهما حتى يبين أن القول الآخر رجوع عن الأول مثل أن يقول عبدي الذي
أوصيت به لزيد هو لعمرو فهذا رجوع فإن لم يفصله الثاني فلا شيء فيه للأول وقال القاضي أبو محمد
في المعونة وذكر في المجموعة والموازية إذا قال عبدي لفلان وهو لفلان فهو بينهما فإن رد الثاني
نصيبه للورثة فأما قوله هو لفلان وهو لفلان فوجه التشريك فيه ظاهر وأما قوله عبدي الذي
أوصيت به لزيد هو لعمرو وأنه رجوع فوجه ذلك أن قوله عبدي الذي أوصيت به لزيد ابتداء كلام غير
مستقل بنفسه حتى يقترن به الجواب وجوابه هو لعمرو وذلك يقتضي أن هذا جميع الخبر وذلك
يدل على الوصية بجميع العبد كما لو قال عبدي ميمون لعمرو وإذا قال عبدي ميمون وصية لزيد
ثم قال في ذلك المجلس أو مجلس آخر عبدي ميمون لعمرو فإن كان كل واحد من القولين قائما بنفسه
مستقلا بخبره لا يفتقر إلا ما بعده الآخر فوجب التشريك وفي المدونة من قال العبد الذي أوصيت به
لفلان هو وصية لفلان رجل آخر فقد قال مالك إن كان في الوصية الآخرة ما ينقض الأولى فهي
ناقضة لها ولم يصرح بأن الثانية ناقضة لما كانت عنده تحتمل أو غير بينة وإنما الرجوع البين عن
الوصية أن يقول هو لزيد بدل لعمرو أو يقول قد صرفته من زيد إلى عمرو فأما الاعتبار بالتصريح
بصرفه عن الموصى له به أولا ولا اعتبار بالنص على أن جميعه للموصى له به آخرا والله أعلم (مسئلة)
ولو أوصى بعبد لوارث من ورثته ثم أوصى به لأجنبي ففي الموازية عن ابن القاسم وأشهب أنه بينهما
وإن لم تجز الورثة نصيب الوارث رجع ميراثا ووجه ذلك أنه أوصى به في وجهين فاقتضى ذلك التشريك
بينهما إلا أن نصيب الوارث للورثة فيه الخيار بين الإجازة والرد ولا خيار لهم في نصيب الأجنبي ولا في
شيء منه إذا حمل الثلث العبد ولو أوصى لأجنبي ولوارث لا وارث له غيره ففي المدونة أن الأجنبي مقدم
في الثلث ووجه ذلك أن هذه الوصية للوارث لا تأثير لها لأنه إنما يصير له بها ما كان يصير له دونها فلذلك
قدم الأجنبي عليه وإذا أوصى لأجنبي ولوارث من جملة ورثة كان لوصية الوارث تأثير لأنه يأخذ بها
ما لم يكن له دونها فلزم أن يقدم الأجنبي عليه (مسئلة) ومن أوصى بعتق عبد ثم أوصى به لرجل فهو
رجوع وكذلك لو أخر الوصية بعتقه قاله ابن القاسم وقال أشهب في الموازية العتق مبدأ وحكى
القاضي أبو محمد أن العتق مبدأ قدم أو أخر ووجه قول ابن القاسم ما ذكر القاضي أبو محمد أن العتق
لا يصح الاشتراك فيه لأنه لا يؤثر له ابتداؤه فإذا امتنع ذلك لما فيه من المنع حمل على الرجوع ووجه قول
أشهب ما احتج به من أن الوصيتين إذا اجتمعتا في عبد قدم العتق وليس ذلك بمعنى الرجوع عن
الوصية وإن تعلقت بجميع العبد كما لو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمرو والفرق بينهما على قول ابن
القاسم أن الوصية بالعتق وصية بإزالة الملك والوصية به تمليك العبد وصية بتمليك والفرق بينهما
أن جنس التمليك يجتمع فيها في المحاصة في التفليس وغيره ولا يجتمع التمليك والعتق وأيضا فإن
الوصايا تتحاص فيها إذا اجتمعت في التمليك ولا تحاص فيها إذا كان بعضها عتقا وبعضها تمليكا
وذلك يدل على معنى الاشتراك والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى لزيد بعبد بعينه ثم أمر رجلا

آخر بيع كل عبد له وفي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب يسأل الآمر فإن كان
مات قبل ذلك نفذت الوصية ولم يعتبر الا أمر بين وقال ابن القاسم أمره ببيع كل عبد رجوع
عن الوصية كما لو أمر أن يتصدق عنه بكل ماله في ذلك البلد على رجل لكان رجوعا والصدقة أثبت
من الوصية وكذلك لو أعتق كل عبد له بذلك البلد لكان العتق أولى ووجه قول ابن وهب أن
اللفظ الخاص واللفظ العام اذا تعارضا كان اللفظ الخاص أولى فيما قابله من العام لأن اللفظ
الخاص يتناول ما وقع تحته على وجه لا يحتمل غيره واللفظ العام يتناوله على وجه محتمل وقول ابن
القاسم مبني على مذهب أبي حنيفة في أن اللفظ العام المتأخر يرفع حكم اللفظ الخاص المتقدم وقول
ابن وهب أجرى على أصول أصحابنا وهذا قد ذكرته في أحكام الفصول بما يغني الناظر فيه ويجب
أن لا يمضي ما ألزمه ابن القاسم من الصدقة بجميع ماله في ذلك البلد اذا كان الموصى به من جملة
ماله في ذلك البلد وكذلك العتق (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم أوصى أن يباع أو قال
يبيعوه من عمرو ففي المجموعة والموازية عن أشهب أنه رجوع قال الا أن يقول بعد لزيد يبيعوه
من عمرو وليس ببين عمرو ببيعه ويعطى ذلك لزيد ووجه ذلك ما مضى من أنه فرق بين أن
يوصي بالعبد لزيد ثم يوصي به على الاطلاق أو بعمرو وبين أن يوصي به لزيد ثم يقول يبيعوه من
عمرو وقد كان جمع بينهما اذا أوصى به لزيد ثم قال هو لعمرو فيجعل للوصية بالبيع تأثيرا في أحد
الوجهين وذلك أن البيع انما يتناول الوصية بازالة الملك فأشبه العتق من هذا الوجه والبيع
يتضمن التمليك ولا يتضمنه العتق بل ينافيه والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم قال بعد
ذلك خدمته لعمرو وقال أشهب في المجموعة ليس هذا برجوع والغلة والخدمة سواء فإن حمله الثلث
اختدماه واستغلاه جميعا بالسواء وإن لم يحمله الثلث فلورثته أن يجيزوا أو يسلموا اليهما ثلث
الميت ووجه ذلك أن المقصود من العبد الخدمة فإذا أوصى بالمسمى على الاطلاق وبلفظ الاستغلال
ساوى الذي أوصى له برقبته لأن ذلك أيضا يقتضي استغلال الخدمة فيتساويان في ذلك لما قدمناه
ان حكم الوصيين التشريك ما أمكن ذلك ولم ينافه أن يكون الخدمة بينهما حملت الوصيتان على
ذلك وليس ذلك بمنزلة الذي يوصي برقبته لأحدهما وللآخر أن يباع منه فإنه محال أن يبقى رقبته
لزيد مع بيعه من عمرو ويجعل عبد التشريك على مقتضى وصيته على واحد منهما وهو أن يباع من
عمرو ويصرف الثمن الى زيد لأنه بدل رقبته التي أوصى له بها لأنه كان الموصي ببيعه ولم يرد بذلك رد
ما تقدم من وصيته لزيد فقد أبقى له ثمنه (مسئلة) ومن أوصى لزيد بخدمة عبده سنين ثم هو
حر ثم أوصى لعمرو بخدمته سنة فإنهما يتحاصان في خدمة سنين يضرب فيه صاحب السنين بسنين
وصاحب السنة بسهم ولو قال يخدم زيدا سنة ثم هو حر ثم قال يخدم فلانا سنين تحاصا في خدمة
السنة لزيد بثلثها ولعمرو بثلثيها فيكون حرا قاله كله ابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك أنه اسمى
في المسئلة الاخيرة خدمة سنين قبل العتق واسمى في المسئلة الثانية سنة قبل العتق ثم أوصى
بخدمة سنين فسلمت السنة الاولى من معارضة العتق وعارض العتق الخدمة في السنة الثانية فقدم
العتق وفرق ابن القاسم بين هذه المسئلة وبين الذي أوصى بعتق عبده بعد يوم ثم أوصى به لعمرو
فجعل ذلك رجوعا لأن العتق يبطل في تلك السنة وهو في مسئلتنا ثابت الحكم فلم تكن الوصية
بخدمة السنة الثانية رجوعا عنه (مسئلة) ومن أوصى بثلاثة أعبد له لزيد ثم أوصى بواحد مسمى
منهم لعمرو ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان حمل ذلك الثلث فالعبد بين زيد والعبد

الثالث سهم بين عمرو سهمين ووجه ذلك أن في العبد الواحد وقع التشريك فكان بينهما والعبدان سالمان من ذلك فسلما لمن أفرد بهما (مسئلة) ومن أوصى لزيد وعمرو بالمائة التي على خالد ثم أوصى بمال لزيد فلصرب فهل يزيد بمائة وعمرو بخمسين رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك انه لما كانت المائة معينة لمن هي عليه لم يبعدها الوصية ولما أوصى بها لزيد وعمرو وكان كأنه أوصى بخمسين منها لكل واحد منهما ثم لما أوصى لزيد بها مرة أخرى فقد أوصى له بمائة بعد أن أوصى له بخمسين فسقطت الخمسون وكان له مائة يضرب بها ويضرب عمرو بخمسين فيكون لزيد ثلثا المائة ولعمرو ثلثها والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى لرجل بجزء من ماله وأوصى لآخر بدنانير مسماة وضاق الثلث عن الوصيتين ففيها ثلاث روايات احداها تبدئة الجزء على التسمية والثانية تبدئة التسمية على الجزء والثالثة المحاصة بينهما ذكر ذلك القاضي أبو محمد وبالرواية الثالثة قال ابن القاسم في المجموعة قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى ان الجزء آكد في باب الوصايا من التسمية ألا ترى انه لو أوصى له بألف فبلغت التركة كلها الا الالف لم يستحق الموصى له الا ثلثها فبطلت التسمية ورجع الى حكم الجزء ووجه الرواية الثانية ان التسمية آكد من الجزء للنص على قدرها وجه غير محتمل والجزء لا تتقدر به الوصية الا بوجه محتمل ووجه الرواية الثالثة انهما جهتان للاستحقاق بالوصية فلم يكن احداهما أولى من الاخرى ورجع الى المحاصة واستدل سحنون على المحاصة بانه قد استعمل كل واحد بما عاد أدخل عليه من صاحبه

(الباب الثاني في أخذ الموصى له ما توجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به)

وذلك ان الوصية لا تخلو أن تكون عروضا كلها أو عينا كلها أو بعضها عين وبعضها عرض فان كانت التركة عروضا كلها أو بعضها عرض وبعضها عين فأوصى له بعرض معين يحمله الثلث فقد روى علي بن زياد فيمن أوصى له بعبد قيمته عشرون دينارا وله أموال عروض غائبة فقال الورثة لا نحب أن يحاص له العبد فليس ذلك لهم الا فيما لا يسعه ثلثه أو يشكل أمره فيخير ورثته بين الاجازة والقطع بثلث جميع مال الميت ووجه ذلك انه أوصى بالعبد وهو دون الثلث وله التصرف في ثلث ماله فليس للورثة منعه من ذلك الا بوجه مضرة تلحقهم بتعيينه أو الزيادة على الثلث فيرد عند ذلك الى الثلث الذي هو بها به ماله فيه من التصرف وهذا على أحد قولي مالك وذلك ان من أوصى لرجل بعبد قيمته أكثر من ثلثه ولم يجز الورثة فقد اختلف فيه قول مالك فقال أولا يقطع فيه بثلث الميت وبه قال عبد الملك وابن كنانة وروى علي بن زياد عن مالك في هذه المسئلة ثم رجع فقال يقطع له بالثلث في تلك العين الموصى بها واختاره ابن القاسم وأشهب وروى القولان عنه ابن القاسم وأشهب وجه القول الاول ان هذه وصية عالت على الثلث فاذا لم يجز الورثة رد الى ثلث التركة كما لو كان معظم المال غائبا أو دينا ووجه القول الثاني ما احتج به أشهب ان العبد لو مات لم يكن أن يخلع الثلث لطالب الوصية ونفى ذلك انه لما كان من ضمان الموصى له دل ذلك على اختصاص وصيته بتلك العين فلا ينتقل عنها وانما يبطل ما زاد على الثلث (مسئلة) ولو أوصى بدنانير والتركة كلها عروض فقال ابن القاسم اذا كانت التركة عروضا حاضرة وأوصى بدنانير فلا يأخذ فيها ويباع عروضه ويعطى الدنانير ولا يخلع له الثلث ان لم يصبروا عليه حتى يباع العروض ويعطى قال ابن المواز وهنا كالعين الحاضرة لانه ليس فيه خلاف الدين والمال الغائب ولم يجعل وصية الميت فاذا ترك مائة دينار وعروضا وأوصى بمائة دينار فلا ينتظر بيع ذلك ويعجل وصية الميت من المائة العين

ووجه ذلك انه ليس ههنا ما يوجب التفصيل عما أوصى به الميت وإذا أخرج الثلث صاحب الوصية
على وجهه فلا تحصر بالقطع بالثلث لمن أباه من الورثة أو الموصى له (مسئلة) فان كان في التركة
دنانير وعروض فأوصى له بدنانير فقد قال أشهب في المجموعة فيمن أوصى بعشرة دنانير معينة لم
يخلف عينا غيرها وله عروض من وسرارى ورقيق ودواب قال الشيخ أبو محمد يريد حاضرة يدفع اليه
العشرة الدنانير وان كره ذلك الورثة ولو لم يخلف من العين الا خمسة دنانير لأخذها ويتبع له بخمسة
قال ابن القاسم في المجموعة ان لم يكن فيما ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه خير الورثة بين الاجازة
أو القطع بالثلث وقال عبد الملك اذا استوعبهم بالعين وأبقى العروض والدين فلهم الخيار في خلع
الثلث وليس ذلك عنده العرض وقد تقدم من قول أشهب ان وصيته بالعين تنفذ ما لم يرد على الثلث
ووجه قول ابن القاسم ان للعين مزية بحصول منفعة أو عموم منافعه تصل الى كل شيء من ساعته وسائر
العروض منفعتها خاصة ومن أراد أن ينقل من منفعتها الى منفعة أخرى لم يتيسر ذلك عليه كتيسره
بالعين فلم يكن للموصى الاستبداد بالعين وكان له الاستبداد بعرض من العروض فلما كان للعين هذا
الحكم المنفرد صار له حكم التركة المفردة فروعي ثلثه وفيه معنى آخر وهو أنه اذا أبى الورثة من الاجازة
ينقل على قول ابن القاسم الى ثلث التركة وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية فيمن
أوصى لرجل بدار ولآخر بعبد ولآخر بحائط فكان ذلك أكثر من الثلث انه يعطى لكل واحد
منهم ما يخرج له المحاصة في العين التي سمى له فلو أوصى مع ذلك لرجل آخر بمائة دينار لقطع
لهم بالثلث في جميع التركة دون ما سمى لهم قال لان الوصايا قد عالت ولا بد من بيع ذلك أو بعضه
لسبب العتق * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي يقتضي انها تركة لا عين فيها فاما احتيج
الى بيع شيء منها بين أهل الوصية بالعين وقعت المحاصة بين صاحب العين وأصحاب الاعيان وبطلت
الوصية فيه الى ثلث التركة لما اجتمع فيها عين وأعيان وهي كلها عروض (مسئلة) وهذا اذا كانت
التركة حاضرة فان كانت غائبة أو دينا ففي المجموعة لأشهب فيمن أوصى بهذا العبد بعينه لزيد وبهذا
الفرس بعينه لعمرو وهما حاضران فان خرجا من ثلث ما حضر مضى ذلك والا نفذ منهما ما خرج
من الحاضر فان كان جميع الحاضر ثلاثمائة الفرس مائة والعبد مائة أعطى كل واحد منهما نصف
ما أوصى له به وخير الورثة بين أن يعطوهما النصف الباقي أو يعطوهما ثلث المال الغائب وهذا قول
أشهب قال ابن المواز وقد قيل هذا وبه نستحسن ان لم يخير الورثة أن يعطى الموصى لهما فيما
حضر وغاب وكل شيء منه فعلى قول أشهب لا ينتقل الوصية الى الثلث مع احتمال الثلث لها وان بطل
بعض المال استيعاب الوصية في العين الموصى بها وانما علة استيعاب الوصية فيها أن يزيد على
ثلث التركة كلها وعلى قول ابن المواز ان كل ما منع استيعاب الوصية في العين الموصى بها ينقل الى
الثلث كالزيادة على الثلث وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية فيمن أوصى لرجل
بعشرة دنانير ولم يترك الا مالا غائبا أو دينا فأراد الموصى له أن يعجلوها له وقال الورثة ننتظر
ويعطيك ما حضر الورثة فاما عجلوا له العشرة أو يقطعوا له بالثلث فيقاضي لنفسه وينتظر ما غاب
فيجعل بعض المال والدين ينقل الى الثلث وروى ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشون فيمن
أوصى لرجل بعشرين ومائة دينار وليس في تركته حاضر الا مائة دينار وسائره غائب خير الورثة
فاما أن اعطوا المائة الحاضرة وأعطوا من المال الغائب وصيته والا أعطوا له ثلث التركة
حاضرا وغائبا (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال ابن المواز عن ابن القاسم وكذلك

لو أوصى له بدنانير معينة لا تخرج من حاضر ماله وله مال غائب فقد قال أصبغ في الموازية والعتبية
سواء عند أصحابنا في قول مالك أوصى بدنانير معينة أو غير معينة إذا لم تخرج مما حضر وإنما تبعهم
فيه ورأى في الاستحسان إن كانت الدنانير معينة ولم يحملها الثلث ولم تجز الورثة فليعطه الثلث من
كل شيء قال الشيخ أبو محمد يريد على أحد قولي مالك وأخذ ابن القاسم بقول مالك الآخر إنه يحمل
محمل الثلث في الدار قال أصبغ وأما إن أوصى بدنانير غير معينة فهي جارية في المال على ما شرط
ويأخذ من كل ما حضر نصف ثلثه ومن كل ما تيسر حتى يتم له ما أوصى له به ولا يكون له ثلث التركة
قال ابن المواز ولا يعجبنا قوله والصواب قول مالك بالتعجيل أبدا لأن الميت أراد تعجيل المائة فلم
ينفذ له ذلك فيلزمهم الخروج من الثلث

(فصل) وقال عبد الملك في المجموعة إذا أوصى بعشرة دنانير معينة ولم يدع غير عشرة وله أموال
كثيرة منها العبد الغائب والأجل البطيء بيعه والدين المعسر فللورثة أن يدفعوا العشرة أو يعطوا
ثلث الجميع وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية فيمن لم يترك إلا ثلاثين دينارا وأرضا وأوصى
لرجل بخمسة دنانير يلزم الورثة أن يعطوها إياه أو يقطعوا له ثلث الميت ولا يبيع السلطان من
دوره بخمسة دنانير قال وقاله مالك فيه وفي المال الغائب والمفرق يعلى هذه المعاني الناقلة مع احتمال
ثلث التركة الوصية أربعة أقسام متفق عليهما كون المال غائبا أو دينا ومعنى ثالث مختلف فيه على
ما تقدم وهو أن تكون الوصية عينا وباقي المال عرضا ومعنى رابع وهو أن تكون الوصية شيئا
معينا وباقي الوصية أصلا ينتظر بيعه (مسألة) ومن كان له زرع أخضر وثمرة صغيرة وأوصى
بوصايا يضيق عنها الثلث وترك رقيقا فإن كانت الوصايا بمال فليبع الرقيق ولا يوقف ويعطى لأهل
الوصايا ثلث ما نض فإذا حان بيع الزرع والثمر بيع فأخذوا ثلث الثمن وأما إن كان في الوصايا عتق
فأوصى بعتق بعض الرقيق لأحد فلا يباع من فيه وصية ويوقف فإذا حل بيع الزرع بيع ولا يقسم من
المال شيء بتة ولا غيره حتى يباع الزرع إلا أن يجيز الورثة ذلك فيقتسمون بقية المال ويبقى لهم الزرع
ولو أوصى بعتق جميع الرقيق لم يعتق منهم أحد حتى يحل بيع الزرع فيباع ويعتق منهم محمل الثلث
رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم قال أصبغ إلا أن يطول أمد الزرع في أول ما يبذر ويتأخر عنه
الأشهر الكثيرة وفي ذلك عطب الحيوان والضرر على العبد فليعتق منهم ما حضر ويرجأ الزرع
وقد روى أشهب عن مالك في الموازية فيمن أوصى بعتق عبده وله مال حاضر وغائب ولا يخرج من
ثلث الحاضر أنه يوقف العبد حتى يجتمع المال فيعتق وقاله ابن القاسم فيما يقرب من الأشهر اليسيرة
وقال أشهب بل يعجل من عتق العبد ما حمله ثلث الحاضر ولو لم يحضر غيره وكلما حضر بعد ذلك
شيء زيد فيه عتق ثلث ذلك حتى يتم عتقه أو يؤيس من المال ولا يوقف جميع العبد لاجتماع المال
ونحوه قال ابن القاسم في المدة البعيدة قال سحنون لو كان ما قاله أشهب لأخذ الميت أكثر
من ثلثه لأنه استوفى ثلث الحاضر فصار باقي العبد موقوفا على الورثة (فرع) إذا ثبت ذلك فمن
أوصى له بدنانير والتركة عروض حاضرة فقد قال ابن القاسم في الموازية ينتظر حتى تباع العروض
ويعطى وكذلك إن أوصى له بعبد لم يعجل حتى تعرف الورثة تحمل المال بالقيمة قال محمد ليعرف
هل يخرج من الثلث وقال أشهب في المجموعة يباع له من ساعته إلا أن يكون ضرر فيتوخى المؤمن
والملاية والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في المحاصة بالتعمير ومدته)

قد قال مالك في الذي يوصي بثلث ماله لرجل وبخدمة عبده لعمرو ما عاش ثم هو حر والعبد ثلث مال الميت فإن خدمة العبد تقوم قال أشهب في المجموعة والمواز يه تقوم خدمة أهل العمر بن علي غررها غير مضمونة إن مات أحدهما قبل ما جعل له من التعمير فصار له خاص به الذي أوصى له بالثلث فيعطى الثلث فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو أجارته بقدر حصته فإذا مات الموصى له بالخدمة عتق العبد (مسئله) ولو أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ثم هو حر ولم يترك غيره ولم تجز الورثة فقد قال ابن القاسم في المجموعة يعتق ثلث العبد وتبطل الخدمة قال أشهب كنت أقول يخدم بثلثه فإذا سنة ثم هو حر كما يفعل ذلك إذا كان العبد ثلث الميت ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما طالت وصية الميت فكان مالك يقول القول الأول ثم رجع مالك إلى هذا القول وقاله ابن كنانة وجه القول الأول أن العبد لو أعتق جميعه لزمته الخدمة فإذا أعتق ثلثه أيضا لم تخرجه الخدمة عما أوصى له ولا زيادة في العتق إسقاط الخدمة لزمت الخدمة ما أعتق منه ووجه القول الثاني أن الثلث إذا ضاق عن الوصايا قدم العتق المعين وذلك يقتضي إبطال الوصايا وإذا لم يعتق من العبد إلا ثلثه فلم يعتق صنف الثلث بعود الوصية وذلك يوجب إنفاذ عتق ما حمل الثلث منه ولا يتم ذلك إلا بإبطال الخدمة والله أعلم وأحكم (مسئله) إذا ثبت ذلك فإن مدة التعمير المذكور في الوصية بالخدمة غيره أو بالنفقة عمره روى أشهب عن مالك في النفقة وغيرها تعمير ابن سبعين سنة وروى ابن كنانة عن مالك ثمانين سنة وروى القاضي أبو محمد في معونته عن ابن الماجشون تسعين سنة وروى علي بن زياد عن مالك تعمير أعمار أهل زمانه وقال ابن المواز التعمير في المفقود من السبعين إلى المائة وقال عبد الله بن عبد الله بن عبد الحكم والمائة أكثر وجه القول الأول أن السبعين هي نهاية العمر المعتاد غالبا وإنما يزيد على ذلك النادر ولا يحكم بذلك لأن من يعمر عليه حق في ذلك فيجب أن يراعى حق الخاص ووجه القول بالثمانين أنه عمر قد يبلغ مع الصحة والتصرف وأما الزيادة عليه وإن كانت وشذت فإنما تكون في حكم المرض فكان حكم التعمير أولى بالثمانين ووجه القول بالمائة أنه على حكم الحياة غالب فلا يقضى عليه بالموت إلا باليقين أو ما يقوم مقامه من الأمر الذي لا يبلغه أحد في زماننا وهي المائة وإن أدى بلوغ ما لا حد فإنه لا يصح أو يسد سدود الأزرحي لا حد بسلة وقد تقدم في المفقود من ذكر التعمير إذا أتى ما إلى هذا يبلغ مدة المقصود إن شاء الله تعالى (مسئله) وحكم العمر أن ينظر كم مضى من عمره إلى يوم يستحق الأخذ بالوصية وينظر كم بقي له من ذلك الوقت من التعمير فيحاص بما يجب له من الـ والسكنى وبه والسكنى أهل الوصايا وإنما قلنا ذلك لأنه لا يدري كم يعطيه ولا كم يوقف له من الوصية الانتها الوجه ولو أوقفنا له جميع التركة لأضر بنا الورثة وأهل الوصايا ولو دفعنا جميعها إلى الورثة وأهل الوصايا لقطعنا حقه من الوصية وأبطلنا ما أراد الموصي منها مع جوازها فلم يكن بد من التعمير ليتوصل بذلك إلى ما يجب من الوصية وإيصال الورثة وأهل الوصايا إلى حقوقهم منه والله أعلم وأحكم (مسئله) وإذا أوصي له بالنفقة أو الخدمة عمره فعمر وحاص أهل الوصايا بذلك فهل يدفع إليه ما أصابه في المحاصة من النفقة أو يوقف له قال القاضي أبو محمد في معونته يوقف له ولا يدفع إليه ووجه ذلك أنه إنما يستحق ذلك الذي ليكون به في تلك المدة حيا وقد تخترمه المنية قبل ذلك وقد أتلف ما خرج له التعمير وذلك ممنوع (مسئله) إذا ثبت ذلك فإن زاد عمره على ما عمر أو قصر عن ذلك فقال في الموازية والمجموعة عن ابن القاسم ما بقي بعد انقضاء عمره رد إلى أهل الوصايا يتحاصون

فيه ثم ان بقي منه شيء بعد عام وصايا هم رجع الى الورثة وان فني ما أصابه وهو حي لم يرجع على أهل الوصايا بشيء ولم يؤتنف له تعمير وهو كحكم مضى والقياس ان يؤتنف التعمير و يرجع على أهل الوصايا قال ابن المواز ولا يعتدل قوله انه يرد على أهل الوصايا ما فضل عنه مع قوله ان فني وهو حي لم يرجع عليهم ولا أراه كله الا من قول أصبغ وما أصابه من مال من ماله لا من حج فيه لاحد ولا سلك ان ابن القاسم الى هذا رجع والقول الآخر في ائتناف التعمير في فناء ما أعطى قبل موته أو موته قبل أن يفنى هو قول أشهب و بقول ابن القاسم أقول

(الباب الرابع في تبدئة بعض الوصايا على بعض)

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وغيرها لا ينظر الى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وا عما يبدأ بالآكد فالآكد الا أن يكون قال كذا وكذا فيبدأ على ما هو أوكد منه وفي هذا الذي قاله لا ينظر الى ما قدمه الميت في الذكر وفي اطلاقه نظر فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ان ذلك في ماله أن يرجع عنه فأما ما لا يرجع عنه من عتق بتل في مرضه وعطية بتلت و تدبير فيه فلا يبدأ الا الآكد ولكن بالأول وهذا الذي قاله ابن الماجشون يلزم عليه أن يقدم المدبر في الصحة على صداق المريض لان مدبر الصحة ليس له الرجوع عنه و يلزم على الاطلاق قوله في العطية البتلة أن لا يقدم المدبر في الصحة على وصيته في الصحة بعتق عن قتل خطأ أو ظهار لان ذلك مما ليس له الرجوع عنه الا أن يريد بذلك ما يلزمه فيه من المطالبة به فيلزم على ذلك مدبر الصحة على كل وجه وقال ابن حبيب اثر ذلك ولو أوصى بهذه الكفارات و بالزكاة وقال ابدؤا على ذلك غير بن دينارا أوصيت بها لفلان لبدئت قال وقاله أصبغ فقد ذهب في اللزوم ومنع التبدئة الى ما بتل من عتق أو عطية وقد تقدم له انه عمم ذلك وان شرط التبدئة في تدبير المرض فحصل من هذا أن المدبر والموصى بعتقه سوا ولا يكاد يحصل له أصل الا على ضعف وهذه الزكاة التي أوصى بها في الصحة أو في المرض قبل عتق بتل أو معه في لفظ واحد فأما ان بتل عتق عبده ثم أوصى بزكاة فرط فيها فليس له ذلك قاله ابن المواز ورواه ابن وهب وابن القاسم في المجموعة عن مالك على الاطلاق ان الزكاة مقدمة على عتق البتل والتدبير في المرض وفسره سحنون فقال هذا ان كانت الوصايا معا أو كانت الوصية بالزكاة قبل وقال ابن القاسم في المجموعة ان بريء المريض قد ربعبدا ثم بتل عتق آخر بديء بالمدبر ولو بدأ بالعتق لبديء العتق لانه قد ثبت لهما من البتل ما لا يرجع فيه فهما مقدمان في الموت قال ابن المواز ولم يختلف في هذا قول مالك وأصحابه فجعل التقديم في المرض وجها من التبدئة على الاطلاق و يلزم عليه ما قدمناه من المدبر في الصحة وقد قال أشهب في المجموعة اذا كان التدبير مع الزكاة والكفارة في لفظ واحد وان كان التدبير بعد ذلك قال الزكاة والكفارات مقدمة عليه قال غير والمعتبر و ادا ذرع سده ثم أوصى بزكاة وكفارات اعتق ثم المدبر فراعى التقديم في الوصية باللازم وا غا راعى التأكيد في اللفظ الواحد وما كان في حكم اللفظ الواحد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اختلف فيما يبدأ به مما يكون في الثلث فقال العتبي وابن المواز يبدأ بصداق المريض قال أشهب عن مالك في العتبية وان كان أكثر من صداق مثلها واختلف قول ابن القاسم فيه وفي تدبير الصحة فقدم المدبر مرة قال ابن المواز و به قال مالك وأصحابه قال العتبي وابن المواز وتقديم الصداق أحرى و به قال عبد الملك في المجموعة وروى عن ابن القاسم رواية بالتسوية بينهما بالمحاصة ووجه القول بتقديم الصداق لانه مختلف في كونه من رأس المال وقال ابن الماجشون في المجموعة

هو كالحناية ووجه آخر انه ان صح من هذا المرض صار كالدين يتعلق بالذمة وبرأس المال والمدبر لا يتعلق من الثلث ووجه القول الآخر انه أمر لزم في الصحة فكان مقدما على ما يلزم في المرض كما يقدم على العتق البتل في المرض (مسئلة) فاذا ثبت تقديم هذين الاثنين فلا خلاف في تقديمهما على كل ما يكون في الثلث الا ما قاله أشهب في المجموعة وهو ما قدمناه من أن الزكاة والكفارة مقدمتان على المدبر وجه قول مالك وأصحابه ان المدبر أمر لازم حال الصحة مختص بالعتق وللعتق تأثير في التقديم ووجه قول أشهب أن هذه حقوق لازمة مقدمة بالشرع فكانت مقدمة على ما يلزمه المرء من نفسه ولذلك قدم على سائر الوصايا (فرع) اذا ثبت تقديم الصداق والمدبر فقد قال ابن المواز تليهما الوصية بما فرط فيه من الزكاة وقاله ابن القاسم في الموازية والعتبية وقال مالك الزكاة مبدأة على كل كفارة وعتق واسال في المرض ووصية بر بعد ذلك اذا أوصى بها وروى البرقي عن أشهب ان العتق بتلا المعين يقدم على الزكاة والزكاة تقدم على الصدقة قال محمد وقول ابن القاسم أحب الينا وقال ابن الماجشون في الواضحة اذا أوصى بوصايا بزكاة لعامه أو لعام فارط وبزكاة فطرة وكفارة ظهار وقتل وجزاء صيد وكفارة أيمان وما سلف في مرضه من عطية أو صدقة أو حبس أو أصدق عمن ليس بولد فذلك مبدأ على الزكاة يوصي بها مما فرط فيهما ويلي ذلك من الوصايا وكذلك المدبر في المرض مقدم على الزكاة المفرط فيها اذا أوصى بها وهذه الواجبات كلها لا يقدم بعضها على بعض ويقدم هي على الوصايا وجه القول الأول ان الزكاة اقرار بأمر مقدم وجوبه بالشرع فكان مقدما على ما ثبت من فعله وعلى ما أوجبه هو على نفسه كالصلوات والصوم يا وجب منها بالشرع آكد مما أوجبه هو على نفسه وقد قال ابن حبيب ان المبتل في المرض يقدم على الزكاة لانه لو شاء قال لم يكن على زكاة وقاله كله مالك فقد كتب أقوال انه أراد فأوصى بالزكاة قال مرضه بعد العتق لكنه يعلل بما قدم وذلك يقتضي صحة ما يقدمه لما كانت مصروفة الى أمانته وقد يوصفه تساوي الوصية بها حال الصحة وحال المرض والله أعلم (فرع) فاذا ثبت تقديم الزكاة في كتاب ابن المواز زكاة المال والحب والماشية سواء يحاص بينها بما عدا من الثلث ويبدأ ذلك على زكاة الفطر لا يحاصه وقال أشهب يبدأ زكاة المال ثم زكاة الفطر وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن زكاة المال وزكاة الفطر سواء وجه قولنا تقديم زكاة المال انها واجبة بنص القرآن فكانت أقوى مما ثبت باخبار الآحاد ووجه القول الثاني انهما زكاتان واجبتان فلم يقدم احداهما على الاخرى كزكاة العين وزكاة الماشية (مسئلة) فاذا ثبت تقديم الزكاة بعد المدبر على مذهب ابن القاسم فقد قال في كتاب ابن المواز ثم بعدها عتق الظهار وعتق القتل على وجه الخطأ وجه تقديم الزكاة عليها ما قدمنا من وجوبها بالشرع وأيضا فان هذا العتق بدلا يجزي منه عدمه لا بدل للزكاة فكان آكد وهذا في قتل الخطأ وأما قتل العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان كفارة الظهار مقدمة إذ ليست بواجبة في العمد وسيرد بيان نفي وجوبها في الجنايات ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك وضاق الثلث عن العتق لهما فان كان فيه ما يعتق عن كفارة القتل ويطعم عن كفارة الظهار بعد ذلك إذ لا اطعام في القتل ولو لم يكن في الثلث غير رقبة واحدة أخرجها ورقبة عن أيهما شاؤا وقال أصبغ أحب الي أن يخرج عن القتل لانه يطهر له ما يطعم عنه قال ابن المواز من ذلك فعن أيهما شاؤا بعد قول آخر في المساواة ثم ما غير رواية القرعة وعمر رواية المحاصة وهي رواية محمد لبعد لا وصية في أن يخرج الرقبة عن أيهما شاؤا وأما قوله يطعم عن كفارة الظهار وقد قال ابن

القاسم في المجموعة أنه ظهار وأنه يبدأ به على تقدم عتق القتل فإن بقي بعد ذلك للظهار ما يطعم عنه أطعم
* قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن ينتقل المرض إليه لعذر الصيام والعتق وقد قال ابن كنانة من أوصى بعتق عن ظهار فلم يبلغ عنه أطعم عنه وفي كتاب ابن المواز ثم الكفارات يبدأ بما فيه عتق على الطعام ثم إطعام الظهار وأشار إلى أنها إذا انتقلت إلى الطعام لنقص حصتها من الثلث عن العتق نقصت رتبتها عن رتبة ما لا ينتقل عن العتق في الوصية (فرع) قال ابن القاسم في المجموعة فإن لم يبلغ إطعام الستين أطعم ما بلغ وإن زاد على الستين أعين به في رقبة ومعنى ذلك أنه لما لم يطعم في كفارة أكثر من ستين وقد صار له من الثلث أكثر من الستين كان استيعاب ذلك أولى ولا يمكن ذلك إلا بالعون في رقبة وإنما قال ذلك لأن حكم الوصية أن لا تبطل بالنقص وقيل لابن القاسم إن لم يوص إلا بكفارة فبقي فضل الثلث عنها أترجع إلى الورثة قال لا قيل يعان بها في رقبة قال عيسى قال أصبغ يعان بها

(فصل) وليس شيء مما ذكرناه على رواية المحاصة بينهما وقد ذهب بعض القرويين إلى أن معنى التحاصص بينهما أن ما وقع للظهار أطعم به وما وقع للقتل أعين به في رقبة وهذا أشبه بالمحاصة وعندي أنه يقسم ما أصاب الرقبتين بينهما بنصفين والله أعلم وقد اختلف قول ابن الماجشون في ذلك فقد بدأ بالقتل وقال يتحاص بينهما وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم يقرع بينهما وبه قال أبو العباس الإبياني (مسألة) قال في كتاب ابن المواز ثم إطعام الظهار ثم كفارة الأيمان وإنما قدمت عليها كفارة القتل والظهار لأن العتق فيها أثبت لا ينتقل عنه إلا مع عدم القدرة عليه وكفارة الأيمان على التخيير وللعتق تأثير في التقديم فما كان حكم العتق فيه أثبت كان أولى بالتقديم (فرع) وقد روي عن مالك أنه إنما يبدأ بكفارة الأيمان إن كانت عليه فيما علم فأما إن أوصى بها تحصنا أو تحرجا فلا يبدأ بها وهي كالوصايا بالصدقة (مسألة) ثم كفارة الفطر في رمضان وإنما قدمت عليها كفارة الأيمان لأن كفارة اليمين ثابتة بنص القرآن وكفارة الفطر في رمضان ثابتة بخبر آحاد (مسألة) ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان وإنما قدمت عليها كفارة الفطر لأنها ثابتة بالنص وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد على أن قولنا إن أخبار الآحاد مقدمة على القياس وأما على قول القاضي أبي بكر فإنهما يتساويان ويجب أن يتحاصا وقد رأيت أبا محمد عبد الحق ذكر تأثير كفارة الفطر والنذر ولم يذكر كفارة التفريط في القضاء ولعله ذهب إلى أن حكمها حكم كفارة الفطر والله أعلم وأحكم واختلف قوله فيها فقال يتحاصان وقال يبدأ بكفارة القتل إذ الكفارة للظهار بدل وقال ابن الماجشون في الواضحة بالقولين وقال أبو محمد عبد الحق وروي عن أبي العباس أنه يقرع بينهما وقد قيل إنه معنى ما في المدونة وهذا الذي ذكره لأبي العباس في المجموعة لابن القاسم (مسألة) قال ابن القاسم في الموازية بعد عتق القتل والظهار ثم العتق البتل في المرض والمدبر في المرض وقال في المجموعة ثم الكفارات ويبدأ منها بما فيه عتق ثم الإطعام ثم كفارات الأيمان وهو الأول الذي أورده عند الاستيعاب وإنما بدأ بها لما تقدم لأنها كلها واجبة ولازمة لأسباب موجبة ووجبت الوصية بها بمثل العتق في المرض والتدبير والعتق وغيره وقال ابن القاسم في الموازية أن المدبر في المرض والمبتل فيه يبدأ وقاله مالك في غير الموازية وقال مطرف المبتل في المرض يبدأ على المدبر فيه والمدبر فيه والموصى بعتقه يتحاصان وقاله مالك في المدبر والموصى بعتقه وجه التسوية بين المدبر والمبتل في المرض أنهما لا يصح الرجوع عن أحدهما وبذلك فارقا الموصى

بعتقه ووجه قول مالك ومطرف ان المدبر والموصى بعتقه لا يخرج من رأس المال باقامة الموصى
والمبتل متعلق برأس المال باقامته قال ابن حبيب وبدأ بتل العطية في المرض على الموصى بعتقه
بعينه ووجه ذلك ما قدمناه من أنه يتعلق برأس المال بالافاقة وفي المواز به اختلف قول مالك في
بدئه العتق البتل والتدبير في المرض على الموصى بعتقه فقال يبدأ البتل والمدبر على الموصى بعتقه
وبه قال ابن القاسم وابن وهب وأشهب وقال أشهب يتحاصون وبلغني أن هذا آخر قول مالك
وروى ابن حبيب عن أصبغ عن أشهب انه قال الموصى بعتقه والمبتول في المرض والمدبر
يتحاصون واحتج مالك للقول الاول بما تقدم واحتج أشهب للقول الآخر بانه كأنه قال أنتما حران ان مت
فان عشت فأنت يا فلان لاحدهما حر فلم يفضله عليه في موته قال ابن المواز وبالقول الاول أقول
لانه قال له ان مت فأنت حر وان عشت فأنت حر فلو تعجل له العتق بتلا لكان كما قال أشهب لانه
لو شاء مات في مرضه ويعني قوله ان عشت فأنت حر فلزمه ان عاش ولو كان بتل عتقه في مرضه ثم
ادان دينا ثم صح لبعد عتقه وكان عبدا لا يكون له الرجوع في عتقه في مرضه (فرع) ومن
تصدق في مرضه بصدقة على رجل بتلها له وأوصى بوصايا فقد روى ابن وهب عن مالك في المواز انه
ان صدقة البتل مقدمة وقال ابن دينار وتقدم أيضا على الوصية بعتق على اداه ان يرجع عنه وقاله
المغيرة في المجموعة وعبد الملك قال سحنون كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده وقال ابن حبيب
عن ابن الماجشون اذا بتل في مرضه عطية أو صدقة أو حبسا أو وصايا بعتق ليس بوارث بداءة ذلك
مبدأ على عتق الوصية قال الشيخ أبو محمد يريد بعينه وعلى غير ذلك من الوصايا الا عتق البتل فالعتق
أولى وهما أولى من المدبر في المرض والمدبر فيه مبدأ على الوصية بزكاة فرط فيها وروى ابن القاسم
عن مالك انه يوصى في بتله الصدقة البتل على الوصايا وكذلك في العتق وبدأ أحب الي وأما على
العتق بعينه فلا وبدأ العتق (فرع) وهذا كله اذا كان في لفظ واحد وما حكمه حكم اللفظ
الواحد فقد قال في المواز والمجموعة والعتبية اذا كان أمرهما في كلام واحد يتبع في مرضه فقال هذا
مدبر وهذا حر بلا تحاصا بعد موته قاله ابن القاسم ولو بدأ في مرضه فدبر هذا ثم بتل هذا أو بتل هذا
ثم دبر هذا بدئ بالاول لانه ليس له من الملك ما لا يرجع فيه وهما على كل حال مبدآن على الموصى
بعتقه (فرع) قال أشهب في المجموعة والكلام المتصل لا صمات بينه وهو في قول لساني لفظ واحد
وقال ابن القاسم في الواضحة ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا وأما ما كان في فور بعده فور
فالاول مبدأ (مسئلة) والعتق الموصى به يتساوى فيه العبيد ان لم يذكر بعضهم قبل بعض وأما
اذا بتل في المرض فبدأ بواحد قبل واحد وبدأ بذلك بدئ بالاول ثم الذي يليه ما لم يكن كلاما متصلا
وذلك بان يقول فلان حر فلان ثم يسكت سكوتا يعلم انه لم يرد غيره ثم يبدأ فيقول غيره فهذان يتحاصان
ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه (مسئلة) ولو بتل عتق عبد في مرضه ثم بتل آخر بعده ففي
المجموعة لعبد الملك يبدأ الذي بتل عتقه على النصف الذي لم يبتله لان ذلك اذا ثبت لم يكن له بعد موته
ولو صح ثم مات لم يتبع ثم علته والعطية البتل تقدم على [illegible] واستئنافها مقدم على الموصى بعتقه لانه لا
له الرجوع عنه ويتساوى لمريضه (مسئلة) وأما في البتل وعطية البتل في المرض فقد قال عبد
الملك في المجموعة ان الذي [illegible] على العطية قال أشهب وعبد الملك ان كان [illegible] فيه بمعنى المحاباة
في البيع وقعا معا فاما ان يبدأ باحدهما فهو المبدأ (مسئلة) والموصى به فيه بما يقدم على سائر
الوصايا قاله مالك قال ابن وهب وانما قدم العتق بعينه لان [illegible] مرة ثم يملكه ولا

يفعل ذلك في صدقة ولا غيرها قال أشهب وغيره عن مالك إنما يبدأ على الوصايا العتق بعينه كان في
ملك أو غير ملك وما لم يكن بعينه فلا يبدأ به قال أشهب لا يبدأ به بحال وقال ابن أبي حازم لا يبدأ إلا
ما كان في ملكه وجه القول الأول أن الرقبة المسماة للشراء أو العتق قد اختص العتق بها كالتي في
ملكه ووجه القول الثاني أنها رقبة لا تختص بملكه كالتي لم تعين (فرع) فإذا قلنا تتقدمها على
الوصايا فإن اجتمعا ففي الموازية عن مالك وأشهب وعبد الملك تقدمت التي في ملكه وقال ابن القاسم
في المجموعة عن مالك يتحاصان واحتج أشهب للقول الأول أن العلماء أجمعوا الأمر بيد أن التي في
ملكه تبدأ على الوصايا وأكثرهم لا يبدؤون التي في غير ملكه على الوصايا واحتج لذلك عبد الملك أنه تبدأ
التي في ملكه فيتم حريته ولعل الآخر لا يشترى أو يباع أو غيره ووجه رواية ابن القاسم أنهما متعينان
كما لو كانا في ملكه (فرع) والرقبة التي في ملكه والمسماة إن دخلهما عول بقي بهما مبلغ الثلث
والذي يعين فيها إن دخلها عول اشترى ما يقع لها رقبة فإن لم يبلغ أعين بها وبما يصير حرا كله قاله ابن
وهب في المجموعة (مسئلة) وإن أوصى بعتق أحد عبديه ناجزا وبعتق الآخر إلى شهر فقد قال
ابن القاسم وأشهب في الموازية يتحاصان فيما قرب من الأجل ويقدم البتل فيما بعد منه واختلف في
مقدار القرب فقال ابن القاسم الشهر قريب وقال أشهب الشهر كثير إلا أن يكون اليوم واليومان
(مسئلة) وإن أوصى أن يعتق أحد عبديه إلى أجل وأن يكاتب الآخر ففي المجموعة لابن القاسم
يتحاصان وقال في كتاب ابن المواز يتحاصان إذا كان الأجل سنة وقال عبد الملك يبدأ بالمؤجل
قال في الواضحة وإن كان أجله بعيدا كالسنة والسنتين وفي المجموعة إن كان إلى أجل طويل فإنهما
يتحاصان فيعتق من كل واحد منهما بقدر ما أوصى به ويسقط الخدمة والكتابة وهما يبدآن على رقبة
غير معينة كان ذلك في كلمة واحدة أو في فور بعد فور قال عبد الملك في المجموعة ولا يدخل المكاتب
في شيء من خدمة المؤجل قال ابن عبدوس احتج بشيء فظن أن معناه إنما لو أخذ ما فيها لكان يبدأ به
ما للمكاتب ووجه قول ابن القاسم أن كل واحد منهما يتعقبه عتق ينتهي إلى العتق وإن قرب به أجل
وللمكاتب [illegible] فإنه قد يعطب دفعة من السيد وامتنع انتزاع ماله فأقل ما يقتضي ذلك أن لا يقدم
عليه العتق المؤجل واحتج ابن المواز للقول الآخر أنه عتق بتل ولا يلحق عليه تحجير (مسئلة) ومن
أوصى بعتق مكاتبه وبعتق عبده تحاصا رواه في الموازية أشهب عن مالك ووجه ذلك أنهما
يستويان [illegible] قال ابن القاسم عن مالك ولو أوصى بعتق مكاتبه ولمكاتبه عبد آخر لم يبدأ
المكاتب (مسئلة) ومن أوصى أن يباع عبده لمن يعتقه فقد قال ابن القاسم وأشهب عن مالك إنه
يوضع من ثمنه ويقدم على الوصايا (مسئلة) قال أبو محمد عبد الحق ثم التدبير قبل قوله تعالى إن
أطعم ستين مسكينا على ما ذكر عن أبي [illegible] وبعض شيوخ بلده إلى قول
ابن موسى [illegible] ثم قال بعد التدبير الوصية بعتق
عبد غير [illegible] (مسئلة) وإذا أوصى بالحج وبعتق رقبة معينة ففي الموازية يبدأ بالعتق
وإن كان تطوعا [illegible] وقاله أشهب ورواه عن مالك وقاله ابن كنانة وابن القاسم ورواه
عن مالك [illegible] فقال يقدم الحج [illegible] (مسئلة) وإذا كانت
[illegible] قال ابن القاسم [illegible] وإن كان [illegible] وروى
ابن المواز عن ابن القاسم كل شيء من الوصايا يبدأ على [illegible] وقال أشهب [illegible]
على غير [illegible] وقال ابن وهب في الواضحة وقول ابن القاسم الذي [illegible] وأصحابه أن يتحاصص

بحج الصرورة أهل الوصايا والعتق الذي ليس بعينه ففي هذا ثلاثة أقوال قول ابن القاسم في كتابه
يقدم العتق وقول أشهب وابن وهب يقدم الحج ورواه ابن المواز يتحاصان فيهما وقاله ابن كنانة
وجه القول الأول ان العتق مندوب اليه وليس في الوصية بالحج للصرورة وغيره غير الاتفاق فان
الحج واقع على من يحج دون الموصي ويحتمل أن يكون قول أشهب مبنيا على ان الحج تدخله النيابة
ويكون الحج للموصي ولذلك شرط الصرورة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان الحج عن غير
صرورة فعلى قولنا ان العتق يقدم على الصرورة فبان يقدم على غير صرورة أولى فان قلنا لا يقدم
على الصرورة فقد قال أشهب ان لم يكن صرورة بدئ بالعتق الذي ليس بعينه والوصايا كلها
على الحج وقال ابن المواز عن مالك وأصحابه يبدأ كل شئ على الحج غير الصرورة وقاله ابن القاسم
وقال ابن حبيب الرقبة التي ليست بعينها وحج غير الصرورة والوصايا في الثلث شرعا سواء وقاله
أشهب وهذا الذي ذكروه من تقديم الوصايا على الحج انما مقتضاه أن مالكا كره الوصية بالحج
ورأى الوصية بالصدقة أفضل منها وفي الموازية اذا أوصى بمثل صدقة وعطية ونحوهما مما بعضه أفضل
من بعض فلا تبدئة فيه وانما هي في العتق قال مالك ومن قال ثلثي في المساكين وفي سبيل الله
وفي الرقاب ولفلان مائة دينار تحاصوا سواء بدأ بشئ من ذلك في كتابه أو بالنطق حتى يقول بدوا
كذا على كذا فيبدأ أما علم انه لا أثر للفضيلة في التقديم وانما الأثر لكونه أوكد وألزم وقد روي في
المجموعة وغيرها عن ابن القاسم وأشهب عن مالك انه ليس ما ذكره الموصي في وصيته مبتدأ أولا مبدأ
الا الأوكد فالأوكد وان تأخر ذكره الا أن يقول بدوا كذا فيبدأ فعلى هذا انما تبدأ الوصايا على الحج
لكراهية الوصية لا لأن سائر الوصايا أفضل منه وعلى قولنا بالمحاصة بينه وبين الوصايا فلأن بعضها
أفضل من بعض وليست بأوكد فلما تساوت في التأكيد وجبت المحاصة (فرع) اذا قلنا بالمحاصة فانه
يحج بما وقع للحج الصرورة من حيث بلغ قاله ابن القاسم ووجه أنه ذلك بعض طريقه ولا يبعض
مناسكه فان أمكن أن يحج بما برزت له المحاصة ولو من مكة نفذت الوصية وان قصر عن ذلك ص
﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول في الذي يوصي في ثلثه فيقول لفلان كذا ولفلان كذا يسمي
مالا من ماله فيقول ورثته قد زاد على ثلثه فان الورثة يخيرون بين ان يعطوا أهل الوصايا وصاياهم
ويأخذوا جميع مال الميت وبين أن يقسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت فيسلموا اليهم ثلثه فيكون
حقوقهم فيه ان أرادوا بالغا ما بلغ ﴾ ش وهذا على ما قال انه اذا كانت وصاياه كلها صدقة فان كان
جميع من أوصى لهم معينين وذكر لكل واحد منهم عددا منصوصا علمه لم يرد ثلثه ولم ينقص منه
الا أن تنقصه المحاصة لضيق الثلث وان كان في بعض اللفظ اشكال ففي الموازية من أوصى فقال لزيد
عشرة ولعمرو ولخالد عشرة ان للأول سبعة ونصفا وللثالث سبعة ونصفا وللأوسط خمسة ووجه
ذلك عندي انه لو قال لزيد عشرة ولعمرو لكانت العشرة بينهما لكل واحد منهما خمسة ولو قال
ابتداء لعمرو ولخالد عشرة لكانت بينهما فلما قال لزيد عشرة ولعمرو ولخالد عشرة فقال زيد لعمرو
ان كان أراد الموصي ان العشرة التي أضافها الى بيني وبينك فالخمسة لي والخمسة لك وان كان أراد ان
العشرة التي أضاف الى خالد بينك وبينه فلا شئ لك من الخمسة التي أضاف الي والعشرة كلها لي
واشتبهت المسئلة على الوجهين والمنازعة بيني وبينك في الخمسة الثانية ونصفها لك ونصفها لي ع[illegible]
فيكون لزيد سبعة ونصف ولعمرو اثنان ونصف ثم يقول له خالد مثل ذلك فيصير له أنصافها اثنان
ونصف ولخالد سبعة ونصف وعلى هذا تجري هذه القول (مسئلة) ومن أوصى فقال لفلان مائة ولم

قال وسمعت مالكا يقول
في الذي يوصي في ثلثه
فيقول لفلان كذا ولفلان
كذا يسمي مالا من ماله
فيقول ورثته قد زاد على
ثلثه فان الورثة يخيرون
بين أن يعطوا أهل
الوصايا وصاياهم ويأخذوا
جميع مال الميت وبين أن
يقسموا لأهل الوصايا
ثلث مال الميت فيسلموا
اليهم ثلثه فيكون حقوقهم
فيه ان أرادوا بالغا ما بلغ

نقل من أي شيء في العتبية من رواية يحيى بن يحيى ان مالكا رأى ان له مائة درهم وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان كان في بلدة الغالب عليها الدنانير فله دنانير وان غلب فيها الدراهم فله دراهم فان كان فيها الامران فله دراهم وهي الأقل حتى يوقن انه أراد الأكثر أو يستدل على مراده مثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة فيكون له مائة دينار وفي الواضحة عن أصبغ لو قال اعطوه طعاما ولم يقل قمحا ولا شعيرا فليعط من القمح لانه الغالب في الناس ووجه ذلك الاعتبار بالعرف وذلك مقرر بالشرع وعرف المخاطب فاذا عدم العرف فسر من الأدلة وذلك بان يحمل السهم على أقرب مذكور ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة والظاهر انه أراد مائة مما عطف عليه ان كان جنسا واحدا فان كانت أجناسا فأحسن ذلك به ما هو أقرب اليه (مسئلة) ولو أوصى له بشاة من ماله فان لم تكن له غنم فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم وان كان له غنم فهو شريك بواحدة في عدد ما أصابها ومعزها ذكورها واناثها وصغارها وكبارها قاله ابن المواز ووجه ذلك ما رواه القاضي أبو محمد ان ذلك عدل بين الورثة والموصى له وذلك ان الورثة يقولون نعطي أدونها والموصى له يطلب أرفعها فان كانت شياهه عشرة فله عشرها بالقيمة لان الواحد من العشرة عشرها ورعا أصابه في القسمة أقل من شاة أو أكثر من شاة فان ماتت كلها الا شاة واحدة فهي له ان حملها الثلث وان مات خمسة منها وبقيت خمسة فله خمس الباقية واعا الاعتبار بما بقي عند القسمة وما تلف قبل ذلك فكأن الميت لم يتركه قاله في الموازية (مسئلة) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال ولو كان ابنان فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب وقال أبو حنيفة والشافعي يجعل الموصى له كانه ابن آخر فله مع الابن الواحد النصف ومع الابنين الثلث قال القاضي أبو محمد ودليلنا على ما نقوله انه اذا قال له أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني فقد أحاله على العدد الذي أوصى له به ولا خلاف ان نصيب ابنه جميع المال ونصيب أحد ابنيه النصف فيجب أن يكون له ذلك مقدما على الميراث (فرع) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه ففي الواضحة من قول مالك ان كانوا ثلاثة فله الثلث وان كانوا أربعة فله الربع وان كان مع البنين ورثة غيرهم عزلت مواريثهم وقسم ما بقي بين البنين عليهم ويكون له مثل نصيب أحدهم وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته وهم عشرة أولاد ذكور واناث أو ذكور كلهم فله عشر ماله قال أصبغ في كتاب ابن المواز ان أوصى لهم بمثل سهم أحد ولده أو بمثل حرثه أو قال هو كبعض ولدي أو كأحدهم فهم سواء يكون فيه بمثل نصيب أحدهم قال مالك اذا قال بمثل نصيب أحد ورثتي وهم رجال ونساء ورجال وأم فانما ينظر الى عددهم ورثة فان كانوا عشرة فله العشر قال القاضي أبو محمد لا ينظر الى اختلاف فروضهم لان الانصباء اذا اختلفت مقاديرها لم يكن الاكثر أولى من الاقل فلم يبق الا الاعتبار بالعدد (فرع) وان كان ولده بنات ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ونحوه في الموازية يقسم ماله على الفرائض فكان له مثل سهم بنت من بناته فان كان بناته أربعا فله ربع الثلث فان كانوا ثلاثا فثلث الثلث ثم يحاصا جميع ما بقي فيقسم باقيه على الفرائض (مسئلة) واذا أوصى له بجزء من ماله أو نصيب أو سهم ولم يعينه بأنه جزء من ماله فقد رحلا فالشافعي في قوله يدفع اليه الورثة ما شاؤا والدليل على ما نقوله ان الجزء والنصيب والسهم عبارة عن قدر وقدر غير معين فكانما أوصى له بمقدار فيجب أن يطلب ما يؤول به واذا رد ذلك الى اختيار الورثة

أعطوه الشيء اليسير الذي لا قدر له وفي ذلك ابطال الوصية. (فرع) اذا ثبت ذلك فقال أصبغ وابن المواز له سهم واحد مما انقسمت فريضته عليه من عدد السهام كثر ذلك الجزء أو قل قال القاضي أبو محمد ومن أصحابنا من قال يعطى الثمن وهذا رواه ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه قال احلف فيه فقال له الثمن لانه أقل سهم ذكره الله في الفرائض وقيل يعطى سهما مما تنقسم عليه الفريضة قلت السهام أو كثرت وقيل يعطى سهما من سهام الفريضة ان كانت تنقسم من ستة فاقل مالم يجاوز الثلث فيرد الى الثلث اذا لم يجز الورثة فان انقسمت من أكثر من ستة فلا ينقص من السدس لانه أصل ما تقوم منه الفرائض قال ابن المواز وأحب ذلك الي وعليه جاء أصحاب مالك وابن عبد الحكم ان له سهما مما قسم عليه فريضته قلت السهام أو كثرت ومنهم من قال يعطى السدس وقال أبو حنيفة يدفع اليه مثل أقل سهام الورثة الا أن يزيد على السدس فيعطى السدس (فرع) فاذا قلنا انه يعطى مثل السهم الذي تقسم عليه الفريضة فكان أصل الفريضة من ستة وهي تعول الى عشرة قال ابن القاسم في العتبية له سهم من عشرة ووجه ذلك انه أقل سهام تلك الفريضة
(مسئلة) ومن أوصى بوصايا وقال مع ذلك أوقدوا في هذا المسجد مصباحه ففي المدونة يحاص المسجد بالثلث وبالوصايا بما سمى لها فما صار للمسجد وقف لمصباحه حتى يفنى قال سحنون وكذلك كل ما كان غير موقت مثل أن يقول اسقوا الماء واعطوا المساكين درهما كل يوم فكان أوصى بثلثه لا لم يوقت (فرع) واذا أوصى بمجهولات ففي المجموعة لابن الماجشون انه يضرب لها كلها بالثلث ان لم يكن ثم أوصايا وكأنها صنف واحد ووجه ذلك انها وصية مجهولة فسواء كانت في واحد أو في أشياء كثيرة كما لو قال انفقوا على المسجد ولم يعين وقيد قناديله وكسوته ولا بيانا لضرب له بالثلث وحاصر فيه في عدد الوجوه كلها (مسئلة) واذا أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين أعطى فلان على قدر الاجتهاد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة على قدر حاجته وحاله ولا يقال النصف وقال أشهب في الموازية والمجموعة فيمن قال لبني فلان وبني فلان فلان كرجل من بني فلان أحد كأحدهم وقال أبو حنيفة في الذي أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء والمساكين لفلان الثلث وللفقراء الثلث وللمساكين الثلث (فرع) اذا ثبت ذلك فلو مات فلان قبل القسمة [illegible] (مسئلة) [illegible] فان كان [illegible] قال ابن القاسم [illegible] قال ابن المواز فيمن قال بثلثي لفقرائي وللمساكين يعطى قرابته [illegible] بالاجتهاد قال ابن القاسم وبلغني عن مالك فيمن أوصى [illegible] بالاجتهاد قال أشهب ومن قال بثلثي بين بني أخوي [illegible] ولكن على قدر الحاجة والعدد وقاله ابن القاسم [illegible] والآخر غني فالثلث بينهما نصفان

([illegible]) [illegible] لان العول في ذلك [illegible] على ما ذكر [illegible] من الثلث الى [illegible] الزيادة

على ذلك حق الورثة ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس والله أعلم وأحكم فلما كان لهم منعه من الزيادة على الثلث كان للموصى له أن يستوعب الثلث الذي كان للميت أن يوصي به وليس للورثة منعه منه والله أعلم

﴿ أمر الحامل والمريض والذي يحضر القتال في أموالهم ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكاً يقول أحسن ما سمعت في وصية الحامل وفي قضائها في مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فانه يصنع في ماله ما يشاء واذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء الا في ثلثه * قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب * وقال حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل اذا أثقلت لم يجز لها قضاء الا في ثلثها فأول الاتمام ستة أشهر * قال الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين * وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها الا في الثلث ﴾ ش وهذا على حسب ما قاله ان الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف فقد روى ابن وهب عن مالك في المواز بة في الاجذم والمفلوج وأهل البلاء انهم كالصحيح الا أن يخاف عليهم منه وقال عثمان بن عيسى بن كنانة في الامراض الطويلة كالسل والجذام والبرص والجنون وحمى الربع وشبهها ان هذا كالصحيح في أفعاله من عتق وصدقة وبيع وطلاق ونكاح وكذلك كل ما كان حكمه الابد معه حتى لا يخرج وقد ساوى رضي الائمة العلماء من تطاول به حتى يخرج وهو مضر وربما يعتقد مضر يمشي أحيانا الأسواق فأجروا فعله في النكاح والطلاق وغيره ورأوه كالصحيح وروى ابن المواز عن مالك في الشيخ الكبير تلحقه السعلة والحمى لا يلزم الا يلزم الانين وقد اخترس في المنزل فقال فعله جائز الا ان من ذلك ما يخاف عليه ويكون كالمريض والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما ان كان مما ذكرناه مما يكون من العلل لا يخرج الاجر وجاز له ان يفعل بعض فعله فان أفعال هذا في الثلث قاله ابن كنانة فكذلك أول حمل المرأة حين تحمل وأوله النطفة قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فمرت به والعالقة لها البشارة والسرور قال الله تبارك وتعالى فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب فاذا مضت له ستة أشهر فهو أول الاثقال قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين وذلك اول [illegible] الوضع قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا والفصال الرضاع وقال تعالى يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فبقي ان الحمل يكون أقله ستة أشهر [illegible] الوضع الذي يكثر فيه الخطر ويشتد فيه الالم مع ثقل الحمل ويتابع [illegible] [illegible] مريضا مخوفا فأما فعلها في الثلث حلالا لا في حكمه الا ما سافعي في قوله ان فعل الحامل جائز ما لم يضربها الطلق والدليل على ما نقوله ان هذه حال يصح فيه اولادها كحال الطلق (فرع) [illegible] ستة أشهر روى في العتبية عن ابن القاسم ان ذلك يعرف بقولها [illegible] الذي يسأل النساء عن ذلك ص ﴿ قال وسمعت مالكا يقول في الرجل يحضر القتال انه اذا زحف في الصف

في وصية الحامل وفي قضائها في مالها وما يجوز لها أن الحامل كالمريض فاذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فانه يصنع في ماله ما يشاء واذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء الا في ثلثه قال وكذلك المرأة الحامل أول حملها بشر وسرور وليس بمرض ولا خوف لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فبشرناها باسحق ومن وراء اسحق يعقوب وقال حملت حملا خفيفا فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين فالمرأة الحامل اذا أثقلت لم يجز لها قضاء الا في ثلثها فأول الاتمام ستة أشهر قال الله تبارك وتعالى في كتابه والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين وقال وحمله وفصاله ثلاثون شهرا فاذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها الا في الثلث قال وسمعت مالكا يقول في الرجل يحضر القتال انه اذا زحف في الصف

للقتال لم يجز له أن يقضي في ماله شيئاً إلا في الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال * ش وأما الزاحف الى القتال في الصف فقد قال مالك انه كالمريض في أفعاله قال وكذلك من حبس للقتل قال القاضي أبو محمد في قصاص أوحد وهو خلاف لأبي حنيفة في اجازته لهم التصرف مالم يقرب المحبوس للقتل ويتقدم الزاحف الى البراز والدليل على ما نقوله أن وجود سبب الموت من المقاتلة بمنزلة وجود الموت قال الله تعالى ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون واعتبار أول القتال وهو الذي كانوا يتمنونه تعلق بهذا القاضي أبو محمد ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أسباب للموت مقربة منه كالمرض المخوف والبراز في القتال والتقريب للقتل (مسئلة) وأما راكب البحر اذا أدركه الهول وخاف الغرق قال مالك هو كالمريض وبه قال أشهب ورواه عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب وكذلك من جمحت به دابته وقال ابن القاسم هو كالصحيح قال القاضي أبو محمد والقول الاول أقيس لانه حال خوف على النفس كابتداء الحمل والزحف للقتال في الصف

(فصل) وقوله اذا زحف للقتال في الصف يقتضي انه انما يثبت له هذا الحكم اذا صار في الصف يريد والله أعلم في صف المقاتلين وجملتهم وأما اذا حضر في النظارة أو كان ممن وجهها للقتال قبل أن يصل الى الصف فليس له هذا الحكم لان حصوله في صف المقاتلة ومباشرة القتال ومحاولته سبب الخوف وأما من كان في صف الردء فلم أر فيه نصاً ... وعندي انه لا يثبت له هذا الحكم الا بالكون في صف المقاتلة والله أعلم وأحكم

* الوصية للوارث والحيازة *

ص * قال يحيى سمعت مالكاً يقول في هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل * ش قول مالك نسخها آية الفرائض قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين يريد والله أعلم انه نسخ من ذلك الوصية للوالدين والموروثين من الأقربين دون من لا يرث وذلك ان آية الفرائض بما نسخت لكل وارث حقه من تركة الميت فليس للموصي أن ينقص أحدهم من حقه ولا أن يزيده بوصية أو غيرها وقد روي في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه ولا وصية لوارث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالاقربون الاقارب روى علي بن زياد فيمن أوصى لاقاربه ان ذلك لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة يدخل فيه كل ذي رحم منه من قبل الرجال والنساء محرماً وغير محرم فهو ذو قرابة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه يدخل في ذلك جميع قرابته من قبل أبيه وأمه ويدخل فيه الاعمام والعمات والاخوال والخالات والاخوة والاخوات وروى عيسى في العتبية عن ابن القاسم لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الام فقال عيسى أصبغ في الواضحة ولد البنات قال عيسى وأصبغ الا ان لا يكون له قرابة من قبل أبيه فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ولد البنات قال فيه أصبغ لا يرى انه اذا لم أراد وكذلك ان كان له من قبل أبيه قرابة قليلة كالواحد والاثنين وروى ابن القاسم عن مالك في العتبية لا يدخل فيه ولد البنات وولد الخالات وقال ابن كنانة في المجموعة يدخل في ذلك الاعمام والعمات والاخوال والخالات وبنات الاخ وبنات الاخوات وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن

للقتال لم يجز له أن يقضي في ماله شيئاً الا في الثلث وانه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال

* الوصية للوارث والحيازة *

* قال يحيى سمعت مالكاً يقول في هذه الآية انها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل

الثاني الذي يوصي لقرابته ينظر إلى المال فإن كان قليلا كان لأهل الحوج منهم دون غيرهم وإن كثر
دخل فيه الخؤولة وغيرهم وحكى القاضي أبو الحسن أن إطلاق لفظ الذرية لا يتناول ولد البنات
(مسئلة) إذا ثبت ذلك فقد قال أشهب لا يدخل في ذلك قرابته الوارثون استحسانا وليس بقياس
وكأنه أراد غير الوارث كالموصي للفقراء . قال ولو دخل فقير قال لا يدخل مع الفقراء في أموالهم رواه
ابن المواز عن مالك وما قاله أشهب إنه استحسان وليس بقياس إنما يريد بالاستحسان التخصيص
بعرف الاستعمال والقياس عنده حمل اللفظ على عمومه وإنما ذكر ذلك لتعرف مقصده في
الاستحسان والقياس (مسئلة) ولو كان بعض أقاربه مسلمين وبعضهم نصارى فقد روى ابن
المواز عن أشهب أنه يسوي بينهم في ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم أن الرجال والنساء في ذلك
سواء ووجه ذلك أن اللفظ يتناولهم تناولا واحدا لا يختص به بعضهم دون بعض ولعل هذا قول من
يرى أن المؤنث يدخل في جمع المذكر أو لأن ذلك عرف الاستعمال وإذا أوصى لعقبه فقد قال
القاضي أبو الحسن ليس ولد البنات بعقب وكذلك إذا أوصى لولده قال ومن أصحابنا القاضي
أبو الحسن عمر بن أبي عمرو ممن قال يدخل البنات في الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم
فيحمل على ذلك بعرف الاستعمال (مسئلة) إذا قال لذي رحمي ولم يقل لذي قرابتي فهو مثل أن
يقول لذي قرابتي قاله أشهب في المجموعة ومن أوصى لأهله ففي العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم
عن مالك أن أهله عصبته وأبى لا أرى لأخواله قال في المجموعة ومواليه حماو العصبة أبين وروى
ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إذا أوصى لقرابته أو لذي رحمه أو لأهله أو لأهل بيته فقال
قولنا وقول مالك وأصحابنا أن ذلك لجميع قرابته ورحمه وأهله من قبل أبيه وأمه من كل من يرثه
ومن ليس بوارث وروى ابن المواز عن ابن القاسم أن من قال آل فلان فهو كقوله أهل فلان
وهم العصبات والبنات والأخوات والعمات ولا يدخل في ذلك الخالات قال أبو زيد عن ابن القاسم
وإن لم يبق منهم إلا الخال والخالة لم يدخل فيه وهو العصبة دونه (مسئلة) وإذا أوصى لمواليه ففي
الموازية عن مالك إن كان له موال من قبل أبيه ومن قبل أبيه أو من قرابته يرثونه فليبدأ بمواليه الذين
ويعطي الآخرون إلا أن يكون الأباعد أحوج وهذا يقتضي أن اسم مواليه يتناول جميعهم وروى
سحنون وعيسى عن ابن القاسم في العتبية أنه بين من أعتق خاصة وإلا فكلهم مواليه وروى ابن
المواز عن ابن القاسم أن قول مالك اختلف فيه فقال مرة يدخل فيه موالي أبيه وقال مرة القول
الذي ذكرناه وقال ابن الماجشون وابن حبيب عن ابن القاسم إن كان مواليه ممن يحاط بهم فهو
لمن أعتق خاصة وإن كانوا كثيرا مجهولين ولم يقل عتاقة دخل فيه موالي الموالي وأساوهم وموالي
أبيه وابنه وأخيه وروى ابن عبدوس عن علي عن مالك في الذي يوصي لمواليه يدخل موالي
الموالي (مسئلة) ومن أوصى لمواليه وله أنصاف موال ففي العتبية من رواية أصبغ عن ابن وهب
يعطى نصف ما يعطى المولى التام ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك ووجه ذلك أنهم إنما
يستحقون باسم الولاء فاختص العطاء بذلك (مسئلة) ومن أوصى لموال له فحدث بعد ذلك موال من يعتق
بعده [illegible] رواه عيسى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ومن أوصى بعتقه بعد موته [illegible] وروى ابن
وهب عن مالك في المجموعة يدخل في ذلك أمهات أولاده وهذا لأنهم يعتقون بموته حين وجوب الوصية
[illegible] الموالي وقد بين ذلك [illegible] فقال في المدبر إذا خرجوا من الثلث (مسئلة) وأما الميت الذي
[illegible] ففي الموازية عن ابن القاسم إن عقد قبل الموت بعد علمه وإن لم يعلم فلا شيء

لهم وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يدخلان مع الموالي بالسواء فصار للمكاتب والمعتق إلى
أجل وقف لهما فإن أدى المكاتب وأعتق المؤجل أخذه والا رد الى بقية الموالي وروى ابن وهب عن
مالك في المجموعة إن كان عتقهم قد حان أو عتقوا قبل ذلك دخلوا معهم فإن لم يكن ذلك فلا شيء لهم لأنهم
حينئذ عبيد (مسئلة) ومن أوصى لمواليه ولهم موال أنعم عليهم وموال أنعموا عليه ففي المجموعة
والموازية عن ابن القاسم وأشهب انه للذين أنعم هو عليهم وقال عبد الملك هو لأحقهما به وأشبههما
بالعطية فإن اشتبها فهي بينهما نصفان

(فصل) والذي يقتضيه الفصل على تأويل مالك أن الوصية للوارث ممنوعة لما فيها من تفضيل بعض
الورثة بغير ما جعله الله له الى ما فرضت فريضة كل وارث (مسئلة) ومن أوصى لابن وارثه
أو لأحد من قرابته ممن يظن أنه يرجع الى الوارث فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ذلك نافذ
وقاله مالك في المجموعة ووجه ذلك أنه وصية لغير وارث وما يظن به من صرف ذلك الى الوارث لا يمنع
الوصية له لأن مقتضى ملكه لما أوصى له به أن يعطيه من شاء فإن اقتضى ذلك الموصي فهو الإثم ومنع
ذلك أبو حنيفة والشافعي وهذا وجه من التعلق بالذرائع (مسئلة) ولا يمين على الموصى له أن الوصية
ليست على وجه التوليج قاله أصبغ ووجه ذلك انها يمين تهمة لا يمكن الاحتراز منه ولا المنع

(فرع) وإذا صرفها الموصى له بها الى الوارث جاز ذلك وكان للوارث أخذه أو تركه قاله أصبغ في
الواضحة ووجه ذلك ان صورته صورة الهبة المبتدأة فليس فيه ما يقتضي التوليج الممنوع منه
وسواء كان الموصى له به من أهل الغنى ممن يرى ان الموصي لم يقصد أن يوصي له به أو ممن يظن به
الحاجة ووجه ذلك أن الوصية لا تنافي الغنى ولا تختص بالفقر والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن
أوصى لعبد وارثه فإن كان بالشيء التافه كالثوب ونحوه زاد ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب
والدينار ونحوه فذلك جائز مما يرى انه قصد به رفقه وأما بالشيء الكثير فذلك مردود إن لم يجزه الورثة
روى ذلك كله أشهب وعلي بن زياد عن مالك ولم يجوز أبو حنيفة والشافعي قليل ذلك ولا كثيره
ووجه ذلك أن الكثير يرى انه لم يقصد به العبد وانما قصد به سيده وهو وارث لأن للسيد انتزاعه من
العبد (فرع) وكذلك الوصية لأم ولد وارثه قاله ابن القاسم وقاله أشهب وابن نافع في المجموعة وكذلك
المكاتب الا أن يكون ما أوصى به أن يؤدي به ذلك كتابته (مسئلة) ومن أوصى أن يرد إليه [illegible]
ولد [illegible] ومن مات بعده ولا [illegible] بالقليل والكثير لا ليس لهم وارث قال
ابن القاسم ولا ينزعه منه الورثة لأنهم إذا انتزعوه منه كانت وصية لهم [illegible] فأشبه أن [illegible]
حتى يستغني ويطول زمان ذلك فإن أرادوا انتزاعه [illegible] وقاله مالك (مسئلة) ومن أوصى لحربي
فقد ذكر القاضي أبو محمد في إشرافه تجويز الوصية للمشركين أهل حرب كانوا أو أهل ذمة قال
والدليل على ذلك قول الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ومن جهة المعنى ان كل من جاز
تمليكه بغير الوصية جاز بالوصية كالذمي والمستأمن وفي المجموعة فيمن أوصى لبعض أهل الحرب
قال إن أجيز ذلك والا فهو في السبيل ولا [illegible] ولا يعطيه ويورث وجه [illegible] ان
الوصية للحربي لا تجوز وبه قال أبو حنيفة ووجه ذلك انه تقوية لهم على أهل [illegible] الكفر
[illegible] (مسئلة) ومن أوصى أن يحج عنه أو يصام عنه لرجل مسكين كذا أو
أن يتصدق [illegible] الوارث ما كان للصوم [illegible] أحد [illegible] ما أوصى به للحج
عنه ووجه ذلك ان الصوم من عمل الأبدان لا تدخله النيابة كالصلاة والحج له تعلق بالمال [illegible]

المال يدخلها النيابة كالزكاة والكفارة (مسئلة) إذا ثبت أن الوصية للورثة لا تلزم فإنها
تجوز إذا أجازها الورثة خلافا لمن منع ذلك لأن المنع إنما هو لحقوق الورثة فإذا أجازوا ذلك
فقد تركوا حقوقهم كما جاز لهم الزيادة على الثلث وتركهم سائر حقوقهم ص * قال وسمعت مالكا
يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث إلا أن يجيز له ذلك ورثة
الميت وأنه إن أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك * ش
يحتمل أن يريد بقوله السنة الثابتة العمل المتصل من زمان الصحابة إلى زمانه ولذلك قال التي
لا اختلاف فيها عندنا وليس يخفى على مالك أنه ليس في ذلك حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم
وقال سحنون في المجموعة وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لوارث يقول إذا لم تجز
بقية الورثة ذلك فأما إن لم يكن معه وارث فلا يكون وصية بحال ويحتمل أن يكون سحنون اعتقد
أن الحديث لشهرته واتفاق العلماء على العمل بصحته وكثرة نقلهم له أنه قد بلغ عندهم حد التواتر
والحديث المروي في ذلك قد أجمع على العمل به الفقهاء وهو أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا
وصية لوارث (مسئلة) وإنما نراعي في ذلك أن يكون وارثا يوم الموت فلو أوصى لغير وارث ثم كان
وارثا بطلت الوصية ولو أوصى لوارث ثم كان غير وارث لصحت له الوصية وقد روى سحنون ومحمد

* قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث إلا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وأنه إن أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك

ابن خالد عن ابن القاسم في امرأة أوصت لزوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت إن كانت علمت بطلاقه
فالوصية جائزة وإن لم تعلم بذلك فلا شيء له قال ابن القاسم وبلغني ذلك عن مالك لأنها كانت تظن أنه
وارث وقال أصبغ إن القاسم له ذلك علمت أو لم تعلم ووجه القول الأول ما احتج به من أنها أوصت له وهي
ترى أنه وارث فلم ترد الوصية ووجه القول الثاني أن الوصية للوارث على الجواز حتى ترد وكذلك إذا
أجازها الورثة فهي عطية من الموصي دون الورثة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى لابنه وهو
عبد أو نصراني فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحته
ثم مات وهي زوجته بطلت الوصية ولو أوصى لها وهي زوجته ثم طلقها البتة قبل أن يموت لصحت الوصية لها
(مسئلة) ولو وهب غير وارث في صحته فلم يقبضها في مرضه ثم صار وارثا فذلك له جائز من رأس
المال قاله أشهب ولو وهب أخاه في مرضه هبة وقبضها المعطى وهو غير وارث ثم صار وارثا فالهبة
باطل قاله أشهب ولو وهب امرأة هبة في مرضه ثم تزوجها بعد ذلك المرض فالهبة جائزة
في ثلثه لأنها الآن وارث ولو أقر لابنه النصراني بدين في مرضه ثم أسلم فذلك كله جائز ووجه ذلك أن
الإقرار بالدين حق ثابت في ذمته فروعي ثبوته حين الإقرار به وهو لم يكن وارثا ذلك الوقت وليس
كذلك الهبة في المرض فإنما ينظر فيها بعد الموت فإن ذلك أسبق بما له حين الموت

(فصل) وقوله ولا تجوز وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة يقتضي أنها [illegible] فإذا [illegible] ذلك الورثة فقد أوصى
لوارث ولم [illegible] فإذا [illegible] الورثة [illegible]
[illegible] ذلك [illegible] الذي أوصى [illegible]
[illegible] وما يحصل للوارث [illegible] ميراثا [illegible]
[illegible] في الثلث ولم يكن له [illegible]
[illegible] الذي [illegible]
الوصي [illegible] وارث [illegible] أو لا يكون له وارث [illegible] وارث [illegible] أن الوارث [illegible]
مالك [illegible] فإنما [illegible] الأجنبي في الثلث فإن صار الأجنبي [illegible] وما صار للوارث رجع ميراثا

فان لم يكن معه وارث غيره نعلم انه أراد تفضيله عليه فلا تحاص بذلك وكذلك لو أوصى لجميع ورثته مع الأجنبي وقد استووا في الصفة وسهام الميراث الا أن يكون الورثة ذكورا واناثا وساوى بينهم في الوصية فقد خص الاناث فيحاصص الأجنبي وغاذا تحاصص روى أصبغ عن ابن القاسم في المواريث في ابن وبنت أوصى لكل واحد منهما بمائة ولأجنبي بمائة ان الابنة تحاص الأجنبي بخمسين وهي التي زادها على موروثها لما أعطى الذكر مائة وكان يجب لها خمسون وقال غير من أهل العلم تحاص بثلث المائة لان موروثها من مائتين ثلثا مائة فتحاص بالزائد وهو ثلث مائة وروى أشهب عن مالك في العتبية فيمن أوصى بثلثه لقوم وأوصى بطعام أن يحبس لعياله كلهم أو كلويه قال فلا شيء للموصى لهم بالثلث في الطعام ولهم ثلث ما سواه والكلام في الطعام للورثة لان بعضهم أوفر حظا من بعض وبعضهم أكثر أكلا من بعض فان سلموا ذلك والا قسموه على مواريثهم قال الشيخ أبو محمد انظر معنى هذا وقد تقدم عن مالك انه يحاص الورثة الأجنبي عند اختلاف انصبائهم به أراد القليل النصيب الا أن يعني انه أوصى لعياله بقدر مواريثهم * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندي انه لما أوصى بالطعام لاهله فهو استثناء من ثلثه فلا حظ له فيه للاجنبي الموصى له بالثلث سواء فاضل بين ورثته في الطعام أو ساوى وانما تكون المحاصة في غير المعين والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لوارث فاستثنت وصيته ثم قام بعض الورثة فقال لم أعلم ان الوصية لا تجوز له فقد قال مالك في المواريث يحلف انه ما علم ويكون له نصيبه منه ووجه ذلك ان هذا مما يجهله كثير من الناس فاذا كان مثله يجهل هذا حلف على ما أنكره من ذلك وقضى له به (مسئلة) ومن أوصى لوارث بعبد أو مال وقال ان لم يجزه ورثتي فهو في السبيل أو هو حر ففي المجموعة عن أشهب وابن نافع وعبد الملك ذلك باطل لانه مضار بالورثة اذ منعوه مالهم بمنعه وبه قال مالك وربيعة ولو قال عبدي حر ولبني مالي في السبيل الا أن يجيز الورثة لابني فهذا يجوز على ما قال وقاله مالك وابن وهب وابن القاسم وابن كنانة وابن نافع وهو قول المدنيين قال أصبغ وأنا أقوله استحسانا واتباعا للعلماء وأما القياس فهو كالاول وقال أشهب لا يجوز وهو من الضرر كالاول ووجه قول ابن القاسم انه اذا قال عبدي حر الا ان يجيزه الورثة لابني فان وصيته انما استقرت الحرية وانما يكون تصييره الى الوارث من قبل الورثة وجاز ذلك لانها ليست بوصية منه للوارث واذا قال هو لوارث فان منع ذلك الورثة فهو حر فانما استقرت وصيته بتصييره الى الوارث فلم يجز لانها وصية حصلت للوارث (مسئلة) ومن قال عبدي لفلان وهو أكثر من الثلث فان لم يجز الورثة فهو حر فذلك جائز وهو حر قال الشيخ أبو محمد يريد ما حمل الثلث وذلك أن ذلك المقدار يجوز انفاذه في الوجهين جميعا لكنه لما شرط ان منع الورثة من انفاذ جميعه لفلان أن يعتق ووجد المنع منهم رد العتق على ما شرط ولما لم يجز الورثة جميعه فيمن يبلغ الثلث كان الوارث ابتداء أعتقه ولم يجز هذا العبد ولم يجز الورثة فانه يرد الى الثلث والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وان أجازه بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم دون من لم يجزه معناه أن يكون لا رجل ثلاثة من الورثة فيوصي لاحدهم بوصية فيجيز أحد أخويه ويأبى الآخر فانه يجيز ما حصته المجيز من تلك الوصية ويرد حصة الآبي ص ❨ قال وسمعت مالكا يقول في المريض الذي يوصي فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصى أخذوا ذلك لانفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فأما أن يستأذن ورثته في وصية يوصي بها

* قال وسمعت مالكا يقول في المريض الذي يوصي فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصى أخذوا ذلك لانفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فأما أن يستأذن ورثته في وصية يوصي بها

لوارث في صحته فيأذنون له فإن ذلك لا يلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك إن شاؤوا وذلك أن الرجل إذا
كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما شاء إن شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتصدق به
أو يعطيه من شاء وإنما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة إذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله
ولا يجوز له شيء إلا في ثلثه وحين هم أحق بثلثي ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به
فإن سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضي فيه الهالك شيئا فإنه
رد على من وهبه إلا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك
فأعطاه إياه فإن ذلك جائز إذا سماه الميت له قال وإن وهب له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقي بعض فهو
رد على الذي وهب يرجع إليه ما بقي بعد وفاة الذي أعطيه * ش وبيان ذلك والله أعلم أن إجازة
الورثة تكون في وقتين أحدهما بعد موت الموصي وهي التي تقدم ذكرها واتفق العلماء على
جوازها والوقت الآخر قبل موت الموصي وذلك في حالين أحدهما حال الصحة والثانية حال المرض
فأما حال الصحة فلا يخلو أن يكون لسبب أو لغير سبب فإن كان لسبب كالغزو والسفر ففي العتبية من
سماع ابن القاسم عن مالك فيمن أذن له ورثته عند خروجه لغزو أو سفر أن يوصي بأكثر من ثلثه ففعل
ثم مات في سفره أن ذلك لا يلزمهم كالمريض وقاله ابن القاسم قال أصبغ قال لي ابن وهب كنت أقول
هذا ثم رجعت إلى أن ذلك لا يلزمهم لأنه صحيح قال أصبغ وهو الصحيح ووجه القول الأول أنه سبب
الوصية غالبا كالمرض ووجه القول الثاني أن هذه حال صحة فلم يلزم الورثة الإجازة فيها كما لو كانت
لغير سبب فأما إن كان لغير سبب وصية فلا خلاف في المذهب أنه لا يلزم ذلك المجيز من الورثة وله
الرجوع فيه لأنها حال لم تتعلق فيها حقوقهم بالتركة (مسألة) وأما الإجازة حال المرض فلا يخلو أن
يتخلل بين وصية ومرض وفاة صحة أو لا يتخللهما صحة فإن تخللهما صحة فقد روى يحيى بن يحيى عن
ابن القاسم في المواريث الورثة يجيزون للمريض الوصية بأكثر من الثلث ثم يصح ثم يمرض فيموت أن
ذلك غير لازم لهم لأنه قد تخلل الإذن والوفاة حالة لا تصح فيها الإذن كما لو أذنوا في الصحة (فرع)
وهذا إذا لم يعلم أنهم سكتوا رضا بذلك فإن كان يلزمهم بذلك ووجهه أن صورة السكوت
عن المنع صورة استدامة الرضا بلزوم المنع أنهم لم يرضوا به في المرض الثاني (مسألة) فإن
لم يتخلل بين الإذن والوفاة وقت صحة لزم ذلك الورثة قال القاضي أبو محمد وذلك في المرض المخوف
وقال أبو حنيفة والشافعي لا يلزمهم الإجازة إلا بعد موت الموصي وقد روي نحو ذلك في المجموعة عن
عبد الملك في مريض باع عبدا بأقل من قيمته بأمر بين فإنه لا إجازة للورثة قبل الموت إذ لا نعلم لعل
غيرهم يرثه والدليل على ما نقوله أن هذه حال تعتبر فيها عطيته بالثلث فلزم الورثة الإجازة كبعد
الموت واحتج مالك لذلك بما ذكره في الأصل أنه لو لم يلزم ذلك الورثة لكان سببا لمنع الموصي
من الوصية بالإجازة أو وصية لوارث بأداء ما وقد اقتصر على تلك الوصية رجعوا إلى الإجازة
فمنعوا بذلك الوصية التي أباحها الشرع له والاعتماد في ذلك على أن هذا إجازة وبذلك تفارق
حال المرض حالة الصحة لأن حال الصحة ليس هي حال إجازة لما ذكر من أنه لم يتعلق بعد حق الورثة
بماله ولا حجر عليه في ثلثه وأما حال المريض فحال تعلق حق الورثة بماله ويحجر عليه في ما زاد
يكون أمره إلا في ثلثه كبعد الوفاة (فرع) وفي المجموعة لابن القاسم عن مالك أنه لا يلزم إذن
الوارث للمريض إذا كان بائنا عنه أو ما شابه إلا البكر والزوجة وفي عبد الله الرجوع بعد موته
قال ابن القاسم وليس للسفيه إذن ولا للبكر قال ابن كنانة إلا المعنسة فإنه يلزمها وأما الزوجة فقد

لوارث في صحته فيأذنون له فإن ذلك لا يلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك إن شاؤوا وذلك أن الرجل إذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما شاء إن شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتصدق به أو يعطيه من شاء وإنما يكون استئذانه ورثته جائزا على الورثة إذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شيء إلا في ثلثه وحين هم أحق بثلثي ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فإن سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضي فيه الهالك شيئا فإنه رد على من وهبه إلا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاه إياه فإن ذلك جائز إذا سماه الميت له قال وإن وهب له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقي بعض فهو رد على الذي وهب يرجع إليه ما بقي بعد وفاة الذي أعطيه

يخاف من موجدته وليس التي يسألها ذلك كالتي تبتدئه وقال أشهب في الموازية ليس كل زوجة لها أن ترجع فرب زوجة لا تهابه ولا تخاف منه فهذه لا ترجع وكذلك الابن الكبير وهو في عيال أبيه فلا رجوع له إذا كان ممن لا يخدع وقال ابن القاسم لمثل هؤلاء أن يرجعوا إذا كانوا في عياله ووجهه أن من كان في حضانته يخاف أن يقصيه ويقطع معروفه عنه إن لم يجز له فيفعل ذلك تقصيا لمسرته واستدامة لصلاح حاله معه وهو لا يريد الإجازة فكان له الرجوع في ذلك والله أعلم وأحكم وقال القاضي أبو محمد لا يلزم الإذن من كان في عياله ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به أو يكون سلطانا يرهبه ونحو ذلك

(فصل) وقوله وإن سأل بعض الورثة أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضي فيه الهالك شيئا فإنه رد على من وهبه وقد رواه عنه ابن القاسم وابن وهب في المجموعة قال عنه ابن وهب إلا أن يكون سمى له من يهبه له من ورثته فذلك له ومعنى ما ذكر في الموطأ أن يقول له إن فلانا لبعض ورثته ضعيف وأحب أن تهب له ميراثك فيفعل فإن ذلك جائز ووجه ذلك أنه إذا استوهب ميراثه دون تسمية فإنما يأذن في أن يصرفه في وجوه يريدها الوارث أو غيره لا لتبقى على ملكه بعد موته فإن ذلك لا يصح فيه فإذا مات الميت ولم يحدث فيه حدثا فقد مات قبل أن ينفذ ما استؤذن فيه فيرجع إلى مستحقه إلا أن يسمي له الموهوب له فقد بين الوجه الذي سأله إنفاذه فيه وقد وجد الإنفاذ من الوارث الواهب وقال أعطيته أو وصي به لفلان وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك في الموازية إذا أذن له أن يوصي به لوارث آخر فإن أنفذه مضى وإن لم ينفذه فهو رد

(فصل) ولو وهب له ميراثه فأنفذ الهالك بعضه وبقي له بعض فهو رد على الواهب يريد أن يوصي ببعض ما وهبه إياه من ميراثه وبقي بعضه لا يوصي فيه بشيء فإن ما أبقاه دون وصية راجع إلى الوارث الواهب إلى حكم الميراث الذي كان عليه ص ﴿قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن أوصى بوصية فذكر أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فإن ذلك يرجع إلى الورثة ميراثا على كتاب الله تعالى لأن الميت لم يرد أن يقع شيء من ذلك في ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا في ثلثه بشيء من ذلك﴾ ش وهذا على حسب ما قال إن من أوصى بوصية يريد في مرضه فذكر في وصيته أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فإن ذلك ليس له لأنه ذكر أنه كان أعطاه إياه ولو أراد [illegible] الورثة فلا [illegible] ذكر أنها كانت في الصحة وبطل بمرض الموصي قبل القبض وإنما أراد [illegible] حكم العطية لا حكم الوصية ولا تصح الوصية لوارث [illegible] أي الحالتين اعتبرنا [illegible] بطل (مسألة) [illegible] أشهد في مرضه في جارية له أنه كان أعتقها في الصحة وتزوجها وأشهدكم [illegible] في ثلث [illegible] ولا صداق لها ولا ميراث إلا أن [illegible] في الصحة [illegible] سواء فيها

﴿باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد﴾

ص ﴿مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله إن فتح الله عليكم الطائف [illegible] على ابنة غيلان فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال [illegible]

قال وسمعت مالكا يقول ومن أوصى بوصية فذكر أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فإن ذلك يرجع إلى الورثة ميراثا على كتاب الله لأن الميت لم يرد أن يقع شيء من ذلك في ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا في ثلثه بشيء من ذلك

﴿ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد﴾

* مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن مخنثا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله إن فتح الله عليكم الطائف غدا فأنا أدلك على ابنة غيلان فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخل هؤلاء عليكم

ابن حبيب المخنث هو المؤنث من الرجال وإن لم يعرف فيه الفاحشة وهو مأخوذ من تثني الشيء وتكسره والمخنث المذكور في الحديث اسمه هيت وكان مولى لعبد الله بن أبي أمية أخي أم سلمة وكان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ولا أرى ذلك لقول الله عز وجل ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن إلى أولي الإربة من الرجال قال عكرمة هو المخنث الذي لا يقوم له زبه العنين وقيل هو الشيخ الهرم والخصي والمعتوه والطفل والعنين قال ابن عباس هو الأحمق الذي لا حاجة له في النساء وقال مجاهد وقتادة هو الذي يتبعك ليصيب من طعامك ولا يريد النساء ولا يهمه إلا بطنه فلا يخاف منه على النساء وروي عن عائشة أنها قالت كان رجل يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا يعدونه من غير أولي الإربة فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوما وهو عند بعض نسائه وهو ينعت امرأة فقال إنها إذا أقبلت أقبلت بأربع وإذا أدبرت أدبرت بثمان فقال النبي صلى الله عليه وسلم ألا أرى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم فحجبوه وقال ابن الكلبي إن هيتا قال لعبد الله بن أبي أمية وهو عند النبي صلى الله عليه وسلم في بيت أم سلمة إن افتتحتم الطائف فعليك ببادية بنت غيلان بن سلمة الثقفي فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان مع ثغر كالأقحوان إن قعدت تبنت وإن تكلمت تغنت بين رجليها كالإناء المكفوء ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد غلغلت النظر إليها يا عدو الله ثم أجلاه عن المدينة إلى الحمى فلما فتح الطائف تزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له بريهة ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وولي أبو بكر كلمه فيه أن يرده فأبى أن يرده فلما ولي عمر قيل إنه قد ضعف وكبر واحتاج فأذن له أن يدخل كل جمعة فيسأل الناس ثم يرجع إلى مكانه

(فصل) وقوله فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان روى ابن حبيب عن مالك أن معنى ذلك أن أعكانها وهي تراكيب اللحم في البطن حتى ينعطف بعضه على بعض فهي في بطنها أربع طرائق وتبلغ أطرافها إلى خاصرتيها في كل جانب أربع فهي على هذا ثمان وأراد العكن واحدتها عكنة و [illegible] فأنثه لذلك أي بلفظ [illegible] على التأنيث

(فصل) وقوله لا يدخلن هؤلاء عليكم معناه والله أعلم المنع من دخول من [illegible] [illegible] المحاسن و[illegible] ووصفهن ويهتدي لذلك وأن المراد بقوله تعالى غير أولي الإربة من لا [illegible] لذلك ولا يهتدي له ولا فرق عنده بين الحسناء منهن والقبيحة فهو الذي أبيح له الدخول على النساء وقال سعيد بن جبير هو الذي لا يستشرف كره (مسألة) وأما أولو الإربة فعلى ضربين ذوو محارم وأجنبيون فأما ذوو المحارم فإنه يجوز لهم الدخول على ذات محارمهم ويجوز لهم [illegible] النظر وأمها إلى ما جرت العادة بكشفه كالرأس والشعر والمعصمين وقد قال مالك في الواضحة لا بأس أن يرى الرجل شعر امرأة ابنه وامرأة أبيه ولا بأس أن يقبل خد ابنته إذا قدم من سفره ووجه ذلك كله ما قدمناه أن هذا مما جرت العادة بكشفه فأما أن يراها متجردة فلا يجوز ذلك وفي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك استئذان الرجل على أمه وأخته ولا يجوز أن يرى أمه عريانة ووجه ذلك أن بدنها [illegible] عليه كالعورة المخففة وقال القاضي أبو إسحاق في [illegible] ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ولا يضربن بخمرهن على جيوبهن الآية الظاهر أنه يريد الوجه والكفين لأن المرأة يجب عليها أن تستر منها في الصلاة كل موضع لا يجوز أن يبدو [illegible] وليس يجوز لها أن تظهر في الصلاة إلا وجهها وكفيها وفي ذلك دليل على أنه لا يجوز للغير أن يرى منها ذلك والله أعلم بما أراد

من ذلك واقتضى قول القاضي أبي إسحاق أنه منع رؤية ذوي المحارم لشعر المرأة وأباح له رؤية
الوجه والكفين (مسئلة) وأما أم الزوجة فيجوز عند مالك النظر إلى شعرها ومنع من ذلك سعيد
ابن جبير والدليل على ما نقوله أنها محرمة على التأبيد كالأم والأخت (مسئلة) وأما من ليس بذي
محرم فلا يخلو أن يكون الوطء مباحا له أو غير مباح فإن كان مباحا له وهو الزوج والسيد فإنه يجوز
له أن ينظر إلى العورة وغيرها وتنظر هي منه إلى مثل ذلك وقد قال أصبغ في كتاب محمد من لا يحل
لك فرجها فلا تطلع على عورتك في حمام ولا مرض وقال ضرورة ووجه ذلك أنها محرمة الوطء
كالأجنبية (مسئلة) ومن لا يباح له الوطء فهو على ضربين صغير وكبير فأما الصغير فيجوز
نظره لها (مسئلة) وأما الكبير فعلى ضربين خصي وفحل فأما الخصي فلا يخلو أن يكون
عبدا أو حرا فإن كان عبدا لها ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا بأس أن يدخل على
المرأة خصيها لأن في نظره إلى وجهها أنه اجتمع فيه كونه ملكا لها وكونه خصيا لأن فيه من معنى
الأجنبي فأما رؤيته شعرها ففي كتاب ابن المواز عن مالك يرى شعر سيدته إن كان وغدا وكره ذلك
لذي المنظر وقال ابن القاسم إن ما تملكه من الخصيان بخلاف من لا تملكه ولا يرى شعرها ورؤيتها
من لا تملكه وإن كان لو وجها (مسئلة) وأما الخصي العبد لزوجها ولغير زوجها ففي العتبية من
رواية ابن القاسم عن مالك أنه كره أن يدخل عليها إذا بلغ الحلم قال ابن القاسم لا بأس أن يرى وجهها
وروي عن مالك أيضا لا بأس أن يرى شعرها إن لم يكن لها منظر (مسئلة) وأما الحر من الخصيان
فكره مالك أن يدخل على النساء قال عنه ابن المواز كان وغدا أو غير وغد (مسئلة) وأما الفحل
فإنه على ضربين عبد وحر فأما العبد لها فلا بأس أن يدخل على سيدته ويرى شعرها إن كان لا منظر
له قاله ابن المواز عن مالك وكذلك مكاتبها ومنع من ذلك ابن المسيب وقال لا تغرنكم هذه الآية أو
ما ملكت أيمانكم إنما عني بها الإماء ولم يعن بها العبيد وقال طاوس ومجاهد لا يرى شعرها ومعنى
أو ما ملكت أيمانكم ممن لم يبلغ الحلم * وقال القاضي أبو إسحاق في حديث رواه نبهان عن أم سلمة
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد إلينا إذا كان عند مكاتب إحداكن وفاء ما بقي من كتابته
فاضربن دونه الحجاب قال ففي هذا الحديث بيان أن العبد يجوز أن يرى من سيدته ما يراه ذو
المحارم كالأب والأخ إلا أنه لا يحل له أن يتزوجها وليس من ذوي المحارم الذي يجوز لها أن تسافر معه
لأن حرمته بها لا تدوم إذ يمكن أن تعتقه فيحل له تزوجها والحديث الذي ذكره ليس
بثابت عندي غير أنه يستفاد من ذلك مذهب القاضي أبي إسحاق في المسئلة واستدل على ذلك بقوله
تعالى ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات فأخبر وأجرى من لم
يبلغ الحلم وأمر بالاستئذان في العورات الثلاث خاصة لأن الناس لا يستترون بها كما يستترون في سائر
الأوقات (مسئلة) فأما عبد غيرها فلا يدخل عليها لأنه ليس بمحرم عليه نكاحها كالحر الأجنبي
(مسئلة) ولا يدخل على المرأة ولا ينظر إليها غير ضرورة أجنبي وأما الضرورة فقد روى عيسى
عن ابن القاسم في المرأة الكبيرة العزب تلجأ إلى الرجل فيقوم بحوائجها ويناولها الحاجة لا بأس
وليدخل معه غيره أحب إلي ووجه ذلك أنها حال ضرورة كحالة الشهادة (مسئلة) ولا
بأس أن يدخل على المرأة من يريد نكاحها لينظر إليها [illegible] كره ذلك ووجه
إباحة الدخول عليها والنظر إليها [illegible] النظر إليها [illegible]
[illegible] لا ينظر بها إلى عورة [illegible]

مجمع المحاسن والله أعلم (مسألة) وأما الرجل يريد شراء الأمة فإنه يجوز له أن ينظر إلى وجهها
ويديها وهل له أن ينظر إلى بدنها روي عن علي أنه لا بأس أن ينظر إلى ساقيها وعجزها وبطنها وقال
لا حرمة لها وروي عن ابن عمر أنه كان يضع يده بين ثدييها وروي عن الشعبي ينظر إلى جميعها
إلا الفرج وفي المدونة عن مالك ما يدل على هذا القول ص * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال
سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثم
إنه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة
فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو
بكر خل بينه وبينها قال فما راجعه عمر الكلام قال وسمعت مالكا يقول وهذا الأمر الذي آخذ به في
ذلك * ش قوله أن عمر بن الخطاب تزوج امرأة من الأنصار هي جميلة بنت ثابت بن أبي الأقلح
أخت عاصم كان اسمها عاصية فسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم جميلة وقد قيل إنها بنت عاصم بن
ثابت والأول أكثر

(فصل) وقوله فولدت له عاصما بن عمر قيل إنها ولدته قبل وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بسنتين ثم إن
عمر فارقها فاقتضى ذلك أن يكون الصبي في حضانة أمه ما لم تتزوج فإن تزوجت فالجدة أم الأم أحق
بحضانته من أبيه وتزوج جميلة بعد عمر يزيد بن جارية فولدت له عبد الرحمن

(فصل) وقوله فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد يقتضي أنه كان [illegible] عند أمه
أو جدته ولعله كان عند جدته زائرا لها أو لعل أمه كانت تزوجت فانتقلت الحضانة إلى الجدة أم الأم
والأصل في هذا أن الفقهاء متفقون على أن الأم أحق بحضانة الولد من أبيه وغيره ممن له حق في الحضانة
ما لم تتزوج وقد روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني
كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي ومن جهة المعنى أن الأم أرفق بالابن وأحسن
تأويلا لغسله وطبخه والقيام بشأنه كله مع ملازمتها ذلك واشتغال الأب عنه بتصرفه فكان ذلك
أرفق بالابن (مسألة) وهل ذلك من حقوق الأم أو الولد فقد اختلف عن مالك في ذلك فقال الشيخ
أبو القاسم هو من حقوق المرأة فإن شاءت أخذته وإن شاءت تركته وقال القاضي أبو محمد فإذا قلنا
إنه من حق الأم فلقوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي ومن جهة المعنى أنه يلحقها
الضرر بالمفارقة مع ما جبل عليه النساء من الإشفاق من ذلك والتوجع له فإن قلنا إنه حق
للولد فلأن الغرض حفظه ومصالحه ولذلك تؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه
قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أن فيه الكلام بما أراه والله أعلم وأحكم وقد روى
ابن حبيب عن [illegible] إذا رضي الأب والأم والولد أن يكون الولد عند أبيه ولم تتزوج الأم فلا بأس
بذلك فاعتبر رضا الأب والولد (مسألة) ونهاية هذه الحضانة في قول مالك البلوغ في الذكور
ورأيت [illegible] الكتاب لابن وهب عن مالك أن حدها في الذكور الإثغار وقال الشيخ أبو القاسم
في [illegible] حد الحضانة الاحتلام وقيل حتى يعقل ويأمن الآفات فلا نعلم أنه اختلف قوله أن حضانة
البنات [illegible] حتى تتزوج وتدخل بها زوجها إلا أن تكون موضع أمانة وصون [illegible] فإذا [illegible] فذلك مختار لها
[illegible] وقال أبو حنيفة إن كان الولد ذا حاجة إلى [illegible] كأن يذكر الجملي [illegible] عمر بخصيصه
[illegible] وقال الشافعي إذا بلغ الولد سبع سنين أو ثماني سنين خير [illegible] أبويه من اختار منهما كانت

* مالك عن يحيى بن سعيد
أنه قال سمعت القاسم بن
محمد يقول كانت عند عمر
ابن الخطاب امرأة من
الأنصار فولدت له عاصم
ابن عمر ثم إنه فارقها فجاء
عمر قباء فوجد ابنه عاصما
يلعب بفناء المسجد فأخذ
بعضده فوضعه بين يديه
على الدابة فأدركته جدة
الغلام فنازعته إياه حتى
أتيا أبا بكر الصديق فقال
عمر ابني وقالت المرأة
ابني فقال أبو بكر خل
بينها وبينه قال فما راجعه
عمر الكلام * قال وسمعت
مالكا يقول وهذا الأمر
الذي آخذ به في ذلك

الحضانة له وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أنت أحق به ما لم
تنكحي وهذا الحديث ليس إسناده مما يصح به ولا في هذا الباب شيء يعتمد عليه ووجه ذلك أن
ابن سبع سنين لا يقدر على الانفراد بنفسه والأم أشفق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حاله والأب
لا يستطيع تعاهد ذلك فكانت الأم أحق بذلك إلى أن يبلغ وهو الحد الذي يقوى فيه ويمكنه
الاستغناء عمن يخدمه (فرع) فإذا ثبت ذلك فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن الابن
إذا قارب الاحتلام وأنبت واسود شاربه فللأب ضمه إلى نفسه وكان ابن القاسم يتوقف في ذلك
الاحتلام قال الشيخ أبو إسحاق حده أن يحتلم الذكر صحيح العقل والبدن ووجه القول الأول أن
الإنبات هو الذي يظهر ويمكن أن تثبت الشهادة عليه وأما الاحتلام فلا يعلم ذلك إلا بقول الصبي
ويمكن أن يكتمه ويدعيه فكان الإنبات أولى ووجه القول الثاني أن كل أمر روعي فيه [illegible]
في حد الإنبات فإنه راعى فيه الاحتلام في حق الذكور كوجوب الحدود [illegible] أن كانت الأم
مسلمة حرة فإن كانت نصرانية فقد روى ابن وهب لا حق للنصرانية في الحضانة لأن المسلمة أولى
عليها [illegible] فهذه أولى قال ابن المواز الحضانة لها واجبة وكذلك الحرة النصرانية
قال مالك هي أحق بالحضانة سواء كن كتابيات أو [illegible] أو مجوسيات ووجه ذلك أنها أم حرة
خلت من زوج للابن في حضانتها فكانت لها الحضانة كالمسلمة (مسألة) وإذا لم تكن
في حرز أو كانت غير مأمونة أو [illegible] أو تسقيه أو تطعمه [illegible] فلا حضانة لها
[illegible] قاله مالك في المواز ووجه ذلك أن الحضانة إنما هي للرفق بالصغير فإذا تخرب [illegible]
القيام به عدم الرفق وكان في مقامه معها تضييع له والله أعلم وأحكم (فرع) وإذا كان الابن
في حضانة أمه فلم يمنع من الاختلاف إلى أبيه يعلمه ويأوي إلى الأم رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون
ووجه ذلك أن الابن يحتاج إلى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه إلى من يعلمه القرآن والكتابة
والصناعة والتصرف [illegible] فكان الأب أولى [illegible] الأولاد إلى
[illegible] إلى المعلم [illegible] الحضانة لأن الحضانة [illegible]
[illegible] والملبس والقوت على ذلك [illegible]
[illegible] فكان كل
واحد [illegible] أحق [illegible] (فرع) [illegible]
[illegible]
ولدي [illegible] فإن الحالة [illegible]
ويكون الحضانة للخالة فجعل الحضانة أن [illegible]
(فرع) وإذا كانت [illegible]
[illegible] قال مالك [illegible] ووجه ذلك أن [illegible]
[illegible] للرحم [illegible] ذلك [illegible]
(مسألة) وهذا ما لم تتزوج الأم فإن فعلت ذلك فإن زوجت فالحضانة لها ما لم يدخل بها زوجها فإذا
دخل بها [illegible] حضانتها ووجه ذلك أن الصبي [illegible] الضرر [illegible] الزوج [illegible]
[illegible] الضرر [illegible] يتعاهده [illegible] الروح [illegible] وذلك كله ضرر بالصبي
فبطل حقها من الحضانة (مسألة) [illegible] الأم [illegible] الولد [illegible]

ثم بأحده وأشهد بذلك فطلقت قبل ذلك بحسبته وقام الاب بالكتاب فقد قال مالك في العتبية والمواز به يبقى عندها الى أن تزوج بأسه راد في العتبية ثم رجع فقال له أخذ ولده (فرع) قال طلقها الزوج أو مات عنها فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن تنزع منها الولد أو بعد أن تنزع منها فان كان ذلك قبل أن تنزع منها ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان تزوجت الأم أو أخذه فلم يأخذه منها الولد حتى فارقها الزوج فلا تنزع منها بخلاف أن يوجد منها ووجه ذلك انه يحكم بانتزاعه منها حتى يزول السبب الموجب للانتزاع وعلته كالعيب يوجد بالمبيع فلا يحكم بالرد حتى يزول العيب (مسئلة) فان انتزع منها الولد قبل الفرقة بموت أو طلاق فقد قال مالك في المدونة لا يرد اليها وهو الذي ذكره السمح أبو الفاسم وحكى القاضي أبو محمد في معونته لها أخذه لزوال المانع وقال أبو حنيفة والشافعي وجه القول الاول ان الحضانة مبنية على أن أسبابها اذا زالت بتركها لزوال سببها ولم تعد كما لو تركه اذا ... ثم طلبته ووجه القول الثاني أن سبب اسقاط الحضانة عن الام دخول الزوج بها وبانه قد زال وقد ... الولد ... وسقط عن الام ... الزوج فقد أمن ... الحضانة

(مسئلة) ولو كان الولد مع أمه والام ... فقد قال مالك في المواز ليس لها أخذه ان مات الاب ووجه ذلك انها تركها ... وصاحب حالة دونها لا ... ظاهره من تركها له ورضاها أن لي عمره أمره ... ذلك اذا ... ثم طلبته لم يكن لها الا أن يعذر له ... قال أشهب يحتمل أن يكون مرض أو انقطع لهاربها ... على أن الحضانة حق للام خاصة (مسئلة) واذا كان للصبي ولد ان وزوجت الام أخذتهما في العتبية والمواز لا تنزع منها اذا كان ذلك أرفق به قاله ابن القاسم وقال أصبغ الا أن يخاف عليه عندها ضيعة أو ضعفه أو تحولوا وبه ... يكون الولي الآخر أحق به وقد قال مالك في المدونة المتزوجة لا حضانة لها الا أن يكون زوجها جد الصبي قال ابن ... حضانتها وان كان زوجها جد الصبي ... وقول مالك ... من ... فلا ... وجه ... ان الزوج على كل حال ... الصبي ... والاب ... ولا ... ذلك الحضانة ... والله أعلم وأحكم

(فصل) ... الام بحق ... زوجها ... الاعيب فلا ... الاب بالحضانة ... الى الاب ولا يخلو أن يكون ... ذكرا أو أنثى فان كان ذكرا ... له حق في الحضانة من ابن أو ... الام واذا ... الام فلا ... والاولياء ... (مسئلة) ... في المواز ... اذا ... قال ... مالك ... وقال أصبغ في العتبية ... الام ... كانوا ... من الاخ والعم ... وان كان ... قال مالك في ... وجب الام ... أنها ... (فرع) اذا ... الام كان لها ... في الاب ... في المواز عن مالك ليس ... ذلك وقال ... وفي كتاب ابن ... شروطه في حجره واحدة وان ... ذلك

الأب وجه القول الاول ان كون الولد مع أمهم المتزوجة في مكان واحد بمنزلة كونهم في حضانتها
وهو مما اعتمد من الأزواج فيه الاستثقال والتكره والتبرم وذلك مضر بالولد ووجه القول الثاني
ان الحضانة مختصة بالجدة وهي المنفردة بهم في المبيت والأكل ولا يضر الولد كونهم مع أبيهم في مسكن
بل ربما انهم رفقها بهم مع استغنائهم بالجدة عنها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال في الموازية ان أم
الأم كالأم (مسئلة) فان لم تكن جدة فزالت الحضانة عنها بنكاح فالظاهر من مذهب مالك انها
تنتقل عنها الى الخالة قال محمد وروى عن مالك ان الأب أولى من الخالة قال أصبغ وليس بشئ
وهو قول مالك المعروف ان الخالة أحق وجه القول الاول ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قضى بالحضانة في ابنة حمزة بن عبد المطلب لخالتها وهي زوج جعفر بن أبي طالب رضي الله عنهم وقال
الخالة أم ومن جهة المعنى أن الخالة مع لطف محلها وقربها من الصبي وما عهد من حنوها أقدر على
ما باشره حضانته وتناول أمره من الاب لعدم وجود هذا المعنى على الرجال في الغالب (فرع) وخالة
الام كالخالة قاله مالك في الموازية وقال في المدونة ان الخالة أحق من الجدة للاب ووجه ذلك ان
جهة الأم مقدمة في الحضانة على جهة الاب كما قدمت الام على الأب ومهما استحقت الحضانة فلا تنتقل الى
جهة الاب حتى تعدم مستحقها من جهة الام فقد قال ابن حبيب ليس لبنات الخالة من الحضانة شئ
وقال أشهب في كتاب ابن سحنون وعماته أولى من بنات خالاته بالحضانة فأوهم ان لبنات الخالة حقا من
الحضانة وتقدم العمات عليهن فعلى هذا التأويل انما قدمت عليها العمة لكونها أقرب منها وانما دونها
جهة الام مع الـ[illegible] في المدونة والاول أظهر وعليه اطرد قول ابن حبيب (فرع) والجدة للاب
أحق من الاب قاله في المدونة وفيها الاب أولى بالحضانة من الاخت والعمة فقدم الاب على نساء جهته
الا الجدة خاصة (مسئلة) فاذا عدم الجدات فقد قال أصبغ والجارية [illegible] الحضانة الى الاب وفي
المدونة الجدة والخالة أولى من الاب والاب أولى من الاخت والعمة وقال محمد والنساء من قرابة الاب
أولى أحب الى ثم عمته ثم بنت الاخ قال وهذا مطروح في كتاب محمد وقال ابن حبيب الجدة للاب
ثم الاخت ثم العمة ثم ابنة أخي الصبي ثم الأب وقال القاضي أبو محمد واختلف اذا انتقلت الحضانة
[illegible] جهة الام [illegible] أولى الاب أو قرابته فان قلنا ان الاب أولى فلان [illegible] وادا قلنا
قرابته أولى [illegible] الاب لا [illegible] ووجه ذلك [illegible] الحضانة
[illegible] وكذلك قدمت الام على الاب فلا [illegible] الاعـ[illegible]
و[illegible] مالك في الموازية [illegible] الاب ثم الاب وظاهر لفظ القاضي [illegible] على أحد
القولين تقدم الاب على جميع النساء [illegible] والقول الآخر وهو قول ابن حبيب [illegible]
جميعهن [illegible] في ان العمة وبنت الاخ وان كان [illegible] أحق في
الحضانة من الاب ولا [illegible] الأم على الاب فلا [illegible] الا بعد [illegible] (فرع) فاذا [illegible]
[illegible] على [illegible] الاب فلا حضانة [illegible] ثم العمة قال ابن حبيب [illegible] ثم ابنة أخت
[illegible] وليس [illegible] الخالة [illegible] ولا [illegible] الحضانة [illegible] قول ابن حبيب
[illegible]) [illegible] والاب [illegible] والاخ ثم الجد [illegible] الاخ ثم العم [illegible]
[illegible] أولى [illegible] الاب [illegible] قال مالك في المدونة [illegible] الأولياء
[illegible] الحضانة [illegible] ذلك الاب [illegible]
[illegible]

(فصل) وهذا إذا كانت الحاضنة مع الأب في بلد واحد أو فيما حكمه حكم البلد الواحد وأما مع اختلاف المواضع فالأب ومن له حق من العصبة أولى بذلك وفي هذا بابان * الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين * والباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق

(الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين)

فإذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد غير بلد سكنى الأم ير يد السكنى فله أن يرتحل بولده معه تزوجت الأم أو لم تتزوج وإن كان إنما هو مسافر يجيء ويذهب فليس له أن يخرجهم عن الأم قاله مالك في المدونة وقال في المواز به إن كان الولد يرضع ذكرا كان أو أنثى وكذلك لو كان الولد كبارا ما دام يقسم قال وكذلك لو تزوج بولداه وفارق الزوجة ثم أراد أن ينتقل به إلى حيث شاء ما لم يكن موضعها قريبا يحسب لا ينقطع عنه خبرهم ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط له وأثبت لنسبه (مسئلة) والوصي في ذلك بمنزلة الأب قال أصبغ عن ابن القاسم في العتبية إذا انتقل فهو أحق بالصبيان علما ما كانوا أو جواري وليس لأخوتهم ولا لأعمامهم وجدودهم منعه ووجه ذلك أنه الناظر لهم دونهم ودون الحاضنة ومالهم عنده فكان كالأب (مسئلة) والأولياء بمنزلة الأب في انتقالهم معه عن مكان الأم تزوجت الأم أو لم تتزوج قاله مالك ووجه ذلك أنهم عصبة كالأب (مسئلة) وإن أرادت الأم الانتقال عن الموضع الذي فيه أبوهم أو أولياؤهم لم يكن لها ذلك لأن مفارقة الطفل عصبته في الدار كانتقال العصبة

(الباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق وتفسير المسافة التي لا تأثير لها وتفسير المسافة المؤثرة)

قال مالك في المدونة ليس للأم أن ترتحل بهم إلا إلى [illegible] لا ينقطع خبرهم عن الأب والأولياء [illegible] وقال ابن القاسم في كتاب محمد ليس لها أن ترحل بهم الأميال اليسيرة أو المرحلتين وقاله مالك وقال ابن القاسم في العتبية والمواز به [illegible] وأرادت أن ترتحل بها إلى [illegible] على [illegible] مرحلتين وإن ذلك [illegible] دونها وقال محمد [illegible] مالك أن يرتحل [illegible] الأم إلا إلى [illegible] وجه القول الأول [illegible] على الأب [illegible] فإنه [illegible] لم يكن للأم [illegible] حكم السفر [illegible] حكم الحضر [illegible] (مسئلة) وهذا إذا كان الأب حرا [illegible] سواء كانت الأم حرة أو [illegible] الأم [illegible] ووجه ذلك أنه لا تمكن المقام [illegible] ذلك [illegible] (مسئلة) فإن كان الأب حرا والأم [illegible] الولد [illegible] وجهها [illegible] الولد لا [illegible] ولا [illegible] النكاح [illegible] (مسئلة) وهذا حكم النكاح فأما أم الولد الموطوءة [illegible] ذلك في [illegible] ابن القاسم [illegible] مالك [illegible] وأم الولد أحق بالحضانة

كالحرة وقول ابن وهب عندي مبني على أن الرق يمنع ولاية الحضانة ولذلك ليس للعبد حضانة ابنه في الطفل فاذا كان مع الرق يمنع ذلك فمع الطعن أولى (مسئلة) فان عتقت أم الولد على ان تركت حضانة ولدها فقد روى سحنون عن ابن القاسم انه يردالها بخلاف الحرة تصالح الزوج على تسليم الولد اليه لانه يلزمه وروى عنه أشهب ان الشرط لازم كالحرة

(فصل) وقوله فأخذته بعضده فوضعته بين يديه على الدابة يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيارة وذلك لا يمنع منه لقرب الموضع على وجه المعروف ويحتمل أن يعتمد أنه صبي بين يديه يعاف أن يصرعه ويرى أن ذلك يسع له أخذه ويجعل أحق بحضانته ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تزوجت فصار الصبي الى جدته ولم يعلم عمر أن الجدة تستحق حضانته أو لعله اعتقد أنه أحق بالحضانة من الجدة فأدركته جدته العلامة وهي الشموس بنت أبي عامر ونازعته اياه فقد روى سحنون عن عاصم بن عبد الله بن عاصم عن أبيه عن جدته أن جدته خاصمت فيه جدته وهو ابن ثمان سنين وفي هذا نظر لانه قد تقدم أنه ولد في وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين فلا يتصور أن يكمل في خلافة أبي بكر ثمان سنين

(فصل) وقوله وأتيا أبا بكر يريد لانه كان الامام الذي يحكم بين الناس فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فأظهر كل واحد منهما حجته وسببه الذي يرى انه يقضى له بأخذه فقال أبو بكر الصديق خل بينها وبينه يريد أنه لما سمع حجتهما ورأى أن المرأة أحق به قضى على عمر أن يخلي بينها وبينه وبأن يعيده وتأخذه بما من حضانته والله أعلم

(فصل) وقوله فما راجعه عمر الكلام يريد أنه سلم حكمه والتزم ما يلزم من طاعته والرضا بما قضى به وان كان يرى غير ذلك ولذلك قال مالك وهذا الامر الذي آخذ به في ذلك يريد ما أورده من حكم أبي بكر رضي الله عنه في هذه القضية والله أعلم

(العيب في السلعة وضمانها)

ص (قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو الثياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذي قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه وذلك انه ضمنها من يوم قبضها فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة مرغوب فيها ثم يردها في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمنها ذلك ثم يردها وانما ثمنها دينار فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير أو يقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمسكها وانما ثمنها دينار ثم يردها وقيمتها يوم يردها عشرة دنانير فليس على الذي قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه) [illegible]

[illegible]

استئجار قطعه بالذي يصح عنه حد اقد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعه بعد ذلك ولا بالذي يوجب عليه قطعا لم يكن وجب عليه يوم أخذها ان غلت تلك السلعه بعد ذلك * س وهذا على ما قال ان من ابتاع شيأ من الحيوان أو العروض ابتياعا غير جائز بل فاسدا وجب رده فان فاته المبتاع رد على البائع وهذا يقتضي رد البيع الفاسد ولا خلاف في ذلك والاصل فيه ما روى القاسم بن محمد عن عائشه قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد (مسئله) اذا ثبت ذلك فان المبيع كله على ضربين ضرب له مثل كالمكيل والموزون والمعدود وضرب لا مثل له كالحيوان والثياب والعروض وأما ما له مثل فان هذا يرده بان يرد المبتاع الى البائع ما أخذ منه ان كان باقيا فان عدمت تلك العين فمثلها ووجه ذلك انه لا يفوت ...

لان وجود مثلها يقوم مقام وجودها ولا يفوت بتغير أسواقها لان ... بالسوق ...

لانه ... مع سلامه العين من ذلك أولى وأحرى (مسئله) وأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب وصنوف الطعام والارضين والاشجار فلا يخلو أن يكون مما ينقل ويحول كالحيوان والثياب أو مما لا ينقل ولا يحول كالدور والاشجار والارضين فأما ما ينقل ويحول فاذا فات عند المبتاع كانت عليه قيمته يوم قبضه وفواته يكون بالزياده في عينه أو النقص منها أو ... على وجه تصحيح البيع الفاسد وبهذا قال مالك وأصحابه وقال أبو حنيفه والشافعي ... كانت عينه موجوده فان فاتت ردها على معنى تصحيح البيع الفاسد والدليل على ما نقوله ان ... لا يرجع المبتاع ما أنفق على المبيع ولا يرد الغله فوجب أن يكون له نماؤه ... كالبيع الصحيح

(فصل) وقوله فان ... لصاحب السلعه الا ... قيمته يوم ... ولدت ... لما ... على الضمان كان له ... عليه نقصها وذلك يستمل على تغير البدن ... الربا ... يوم ... واحتج مالك على ذلك بانه ضمنها يوم ... ذلك يصح من قوله الاختلاف ... أنها لو ... لكان على المشترى ضمانها قال مالك ولذلك كان ... المبتاع ...

لان من ضمن الجمله ضمن الابعاض ومن ضمن الجمله والابعاض كان له النماء الصادر

(فصل) وقوله فقد ... السلعه في زمان ... رده فان ... بان ... من مال البائع ... ونقصها ... زمان ... رد ... على المبتاع أن يذهب من مال البائع ... كتغير البدن ... ثم ردها ... كذلك ... فأما ... برد ... في القيمه

(فصل) وقوله وانما عليه ... ما نقص يوم ... ذلك ... وأما يوم الرد ... في ضمانه ... ردها ... الضمان ... ما نقص وهو ... كل الاعتبار ...

(فصل) وقوله ... ذلك ان ... قيمتها بالسرقه دون يوم القطع ... الضمان بالبيع الفاسد ... في ذلك ... يوم القبض دون يوم الحكم كما ... سرق ... وجوب القطع لانه لو سرق ما ...

استئجار قطعه بالذي يصح ... حدا قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعه بعد ذلك ولا بالذي يوجب ... لم ... يوم أخذ ... تلك السلعه بعد ذلك

قيمته أقل من النصاب ثم زاد عنده على قيمة النصاب لم يجب به القطع ولو سرق ما قيمته النصاب ثم نقص عن ذلك لم يسقط عنه القطع وكذلك ان أخذ بالبيع الفاسد ما قيمته عشرة دنانير ثم نقصت قيمته عن ذلك لم يسقط عنه غرم عشرة دنانير ولو قبض ما قيمته دينار ثم بلغت قيمته عشرة دنانير لم يجب عليه غرم ما زاد على الدينار لزيادة قيمته المقبوض بعد أن قبضه (مسئلة) وهذا فيما ينقل ويحول فأما ما لا ينقل ولا يحول كالدور والأرضين والأشجار فعند ابن القاسم لا يفوت بحوالة الأسواق وتغير القيمة (مسئلة) ويفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح فمن اشترى سلعة شراء فاسدا ثم باعها بيعا صحيحا لم يرد بيعه وصحح البيع الأول

﴿ جامع القضاء وكراهته ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا الدرداء كتب الى سلمان الفارسي أن هلم الى الارض المقدسة فكتب اليه سلمان ان الارض لا تقدس أحدا وانما يقدس الانسان عمله وقد بلغني انك جعلت طبيبا تداوي فان كنت تبرئ فنعما لك وان كنت متطببا فاحذر أن تقتل انسانا فتدخل النار فكان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم أدبرا عنه نظر اليهما وقال ارجعا الي أعيدا علي قصتكما متطبب والله ﴾

ش قول أبي الدرداء هلم الى الارض المقدسة يريد المطهرة والمقدس في كلام العرب المطهر وانما أراد موضعا من الشام يسمى المقدس ومنه بيت المقدس [illegible] المقدس يريد المطهر ويحتمل أنه يطهر مما كان فيه [illegible] من المواضع من الكفر وكان بذلك [illegible] من الأوقات لم يزل [illegible] الا من أوصف بذلك ويحتمل أن يكون معنى تقدسها تطهيرها لمن فيها من الذنوب والخطايا فيكون معنى القدس المقدس أهلها ويدل على صحة هذا التأويل قول سلمان ان الارض لا تقدس أحدا ولا تطهره من ذنوبه وانما يقدسه عمله فيكون على هذا التأويل [illegible] المقدس بذلك في وقت عملوا فيه بطاعة الله تعالى وكان كثير [illegible] كان ذلك في وقت أمر [illegible] بالهجرة الى المدينة [illegible] بذلك [illegible] أهلها ويطهرهم من الذنوب

(فصل) وقوله [illegible] انك جعلت طبيبا [illegible] [illegible] [illegible] الآخر [illegible] لأن السلطان [illegible] الشرع [illegible] [illegible] الله فقال [illegible] [illegible] العدل عمله ذلك [illegible] الا [illegible]

(فصل) وقوله وان كنت متطببا [illegible] [illegible] [illegible] لا تمكن [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ان لا [illegible] [illegible] صلى الله عليه وسلم [illegible] اصاب فله اجران [illegible] [illegible] الله [illegible]

الآن العالم قد يأثم في الخطأ اذا لم يجتهد ويحذر من مواقعة النار باعمال الاجتهاد والمقصر فيه لكن ظاهر الحديث انما يقتضي الاخبار عن فتوى الجاهل ولذلك أخبر بهذا عن المطلب وهو المنسوب المعرض ولذلك كان أبو الدرداء اذا افتى بين اثنين استرجعهما واعاد النظر في أمرهما مبالغة في الاجتهاد ثم يقول مطلب والله نصحت بنفسه بذلك على معنى الاشفاق والخوف ممن لم يبلغ درجة الاجتهاد مما رضيه والله أعلم وأحكم ص ❊(قال سمعت مالكا يقول من استعان عبدا بغير اذن سيده في شيء له بال ولمثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبد ان أصيب العبد بشيء وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الامر عندنا ❊ ش وهذا على حسب ما قال ان من استعان عبدا بغير اذن سيده بما له اجارة في المعتاد والأغلب من أحوال الناس فهو ضامن لما أصاب العبد من هلاك أو نقص في بدن وهذا المشهور من مذهب مالك وقد روى ابن وهب ليس في العبد يستأجرون ضمان ما أصابهم وان قال ساداتهم لم نأمرهم بالاجارة الا أن يستعملوا في أمر مخوف كالبئر والهدم تحت جدار فيضمن ان لم يكن باذن السيد وجه قول ابن القاسم ان المستأجر له متعد أو في حكم المتعدي ان لم يستأذن السيد فوجب أن يكون ضامنا كما لو تعدى على دابة فركبها بغير اذنه ووجه قول مالك ان العبد يتصرف ويتعدد ولا يعرف حجر سيده عليه وهل هو مملوك فلا يضمن باستعماله في الامور المعتادة وانما يضمن في الامور الخطرة التي فيها الهلاك غالبا قال سحنون في كتاب ابن عبدوس الا أن يكون السيد قد حجر عليه أن يؤاجر نفسه وأبان ذلك بالاشهاد وظاهر قول أصحابنا المخالف لرواية ابن وهب يقتضي تضمين المستعمل لعدم الاذن ويحتمل أن تكون رواية ابن وهب مبنية على ما قدمناه من ان الاصل جواز تصرفه حتى يعلم الحجر عليه ويحتمل أن يكون سقط الضمان في رواية ابن وهب لانه استأجره ولم يستعمله بغير أجره لان الذي يقتضي حمله على الاذن من سيده في العمل اعانة وفي عمل بعوض وأما العمل بغير عوض فلا يحمل على انه الا بعد أن استعمله بعوض لم يوجد منه ما يقتضيه بوانا فيكون المتعدي ممن استعمله بغير أجر والله أعلم (مسئلة) وان أذن له السيد في عمل معين فاستوجر في غيره فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في العبد الخياط والنجار يستأجره رجل في غير عمله يحمل له شيأ أو يبعث له لبنا أو يرد الدابة فيهلك العبد فلا ضمان عليه وقد روى ان السيد اذا قعد عليه الناس فمؤاجرته نفسه في غير ذلك فلا ضمان عليه الا أن يدخله في عمل له خطر قال ابن القاسم أو يرسله في سفر (مسئلة) وان استعمله بغير اجرة أو اذن له فيه من السيد والاستئجار فقد قال محمد يضمن ان ذلك ولو استأجره لم يضمن ووجه ذلك انه استعمله على وجه التعدي لانه انما أذن له في العمل بأجر فمن استعمله بغير أجر فهو متعد كالغاصب (مسئلة) فان أذن له السيد في العمل على الاطلاق فاستعمله المستأجر في الاعمال على ثلاثة ضروب أحدها ان يستعمله في مخوف أو سفر فانه يضمن ما أصابه قال مالك في المدونة قال لانه لم يؤذن له في الغرر واما ما اذن له في العمل المأمون من المعتاد ولو أذن له فيه بعينه لم يضمن والضرب الثاني أن يستعمله في عمل ما له اجارة فهذا في ضمان العبد فيه خلاف لعدم الاذن والضرب الثالث أن يستعمله في عمل ما لا أجر له كما ناوله القدح والنعل ونحو ذلك فلا ضمان فيه قال ربيعة وحكى القاضي ابو محمد من المذهب فلا اجرة فيه مع السلامة ولا ضمان فيه مع التلف (فرع) وما وجب فيه ضمان فان السيد مخير بين ان يضمنه قيمته أو ما أرفق عمله قاله ابن القاسم ووجهه انه قد تعدى على ارتفاقه واتلافه وفي الطول وعمل ما يساوي فكان له أن يطلب أيهما شاء (مسئلة) وان

❊ قال قال وسمعت مالكا يقول من استعان عبدا بغير اذن سيده في شيء له بال ولمثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبد ان أصيب العبد بشيء وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الامر عندنا

الصبي الصغير فقد قال ابن القاسم لا يجوز استئجاره وقال مطرف وابن الماجشون لا بأس أن يستأجر الغلام لم يبلغ والجارية لم تحض أنفسهما إذا عقلا ومعنى قول ابن القاسم عندي إذا لم يكونا معرضين لذلك وأما إذا كانا معرضين لذلك ومأمورين به فقول مطرف وابن الماجشون حسن لأن الأكثر من الأيتام كان يضيع من لا ولي له أو له ولي ويتصرف تصرفا لا يمكن وليه أن يباشر استئجاره فيه لتكرره (فرع) فإن كان الوجه الذي يجوز فقد قال مطرف وابن الماجشون يدفع إجارتهما إليهما ويبرأ بذلك الدافع ما لم يكن [illegible] له مال وكذلك لو [illegible] ذلك [illegible] الدفع إليهما وله المسمى إلا أن يكون فيه محاباة [illegible] وإذا كان على الوجه الذي لا يجوز فعمل فله الأكثر من المسمى وإجارة مثله فإن تلف فقال ابن القاسم عليه الأكثر [illegible] عمله وعلى عاقلته [illegible] ولذلك لم يكن [illegible] الكاسول في العبد يكون بعضه حرا وبعضه [illegible] وليس له أن يحدث [illegible] ولكن يأكل فيه ويكتسي بالمعروف فإذا هلك [illegible] للذي بقي له [illegible] ما قال إن العبد يكون بعضه حرا [illegible] [illegible]

([illegible]) [illegible]

[illegible]

قال وسمعت مالكا يقول في العبد يكون بعضه حر وبعضه مسترقا أنه يوقف ماله بيده وليس له أن يحدث فيه شيئا ولكن يأكل فيه ويكتسي بالمعروف فإذا هلك فماله للذي بقي له فيه الرق

الإباق السيد قاله ابن المواز وابن سحنون عن أبيه ووجه ذلك أنه ليس له الذهاب بحق السيد فيه
وحكم الرق أغلب (مسئلة) ولو أراد السيد أن يسافر به ففي الموازية له ذلك في الأمر القريب
وأما البعيد فقال مالك فيها وفي العتبية من سماع ابن القاسم عنه يكتب له القاضي كتابا إن خاف أن يباع
أو يظلم وقال في كتاب ابن المواز وهذا إذا كان السيد مأمونا وقال عنه أشهب وكان العبد غير مستغرب
وروى ابن كنانة عن مالك في الواضحة لا يكون له ذلك حتى يكون السيد مأمونا والعبد مستغربا
وروى عنه ابن القاسم إذا كان العبد مستغربا فذلك له وإن كان السيد غير مأمون كتب له
القاضي كتابا بما تعدو به أحداث القاسم قال أشهب فينبغي أنه ليس ذلك للمأمون ولا لغيره وقال
عنه ابن حبيب وإن كان العبد مستغربا وقال عنه ابن المواز وابن حبيب لأنه ملك من نسمة مالك
الشريك فلا يسافر به إلا برضاه ووجه قول مالك ما قاله في العتبية سحنون عن ابن القاسم أن الحرية
تبع للرق في هذا كما تبعه في الحدود والشهادة وغيرهما ووجه مراعاة أمان السيد أنه المالك له
والذي يخاف من جهته ووجه مراعاة غربة العبد أنه إذا كان مستغربا لم يخف عليه ذلك إلا [illegible]
بم على سائر الأحرار لأنه يبين عن نفسه ويقوم بحجته فإذا كان أعجميا وغدا خوف من ذلك عليهما
لا يعرفه ولا يفهمه حتى يقع فيه ثم لا يمكنه أن يعرب عن نفسه (مسئلة) وهذا في سفر التحول فأما
سفر النقل من بلد إلى بلد فإن كان ينتقل إلى حاضرة قضى على العبد بذلك وإن كره وإن أراد
الانتقال إلى قرية فليس للعبد بها عمل ولا مكسب فهو مثل السفر وقد [illegible] ذي وجه على قول من لا
يغلب الرق على الحرية وقلنا أن المسئلة عامة [illegible] والسفر على السيد وأما الانتقال
فإن كان موضع له فيه كسب وتصرف فلا مضرة عليه في ذلك وإن كان موضع لا مكسب للعبد فيه
فذلك مبطل لحظ الحرية وأما على قول من يغلب الرق فلا يراعى ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة)
إذا ثبت ذلك فإن للسيد من خدمة العبد بقدر ما له فيه والعبد قدر ما فيه من الحرية واقتسام ذلك
بينهما على حسب ما يراه الناظر من الرفق وإزالة الضرر يوما بيوم أو جمعة بجمعة أو شهرا بشهر جائز
وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن [illegible] قال مالك في [illegible] وفي الموازية [illegible]
قيل له فالمعتق بعضه يحط في كل يوم أو جمعة قال لا ولكن من كل شهر [illegible] أو كل [illegible] شهر شهر قال
مطرف وابن الماجشون في [illegible] مقام العبد الذي [illegible] للخدمة أن العمل يكون يوما بيوم وأما العبد
[illegible] الماجشون [illegible] من العمل [illegible] الخدمة [illegible]
يوم [illegible] شهر [illegible] وأما [illegible]
[illegible] يوما [illegible] ابن المواز [illegible] في يوم [illegible] يوم
ولا [illegible] ووجه القول الأول أن [illegible]
[illegible]
مع [illegible]
والله أعلم (مسئلة) وإن [illegible]
واحد [illegible]
[illegible] (مسئلة) [illegible]
[illegible] مالك [illegible] (مسئلة) [illegible]
من [illegible] الآخر [illegible] مالك وأصحابه لا يرجع أحدهما على الآخر [illegible]

كانوا سهما فالإباق كالمرض في ذلك

(فصل) وقوله فإن هلك فماله للذي فيه الرق وبه قال أبو حنيفة والزهري وقال الشافعي في أحد قوليه ماله بين المعتق لنصفه وبين المتمسك برقه إن لم يكن له ولد فإن كان له ولد فميراثه للمتمسك بالرق ولولده وبه قال عطاء وطاوس والدليل على ما نقوله إنه موروث بالرق فلم يورث بالنسب ولا بالولاء كالمسترق جميعه ص ❊ قال وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا إن أراد الوالد ذلك ❊ ش وهذا على ما قال إن من كان ينفق على ولده الصغير حتى صار له مال ميراث كان أو غيره أو كان يأخذ له عطاء في كل عام ثم تمادى الأب في الإنفاق عليه فإن له ذلك سواء كان مال الابن عينا أو عرضا قاله مالك كذا على الإطلاق ❊ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعناه عندي أن يقول الأب إنما أنفقت عليه من مالي لأرجع عليه فله الرجوع عليه بما أنفق عليه من يوم أفاد المال دون ما أنفق عليه قبل ذلك فإن فصل للأب شيء عن مال الولد لم يرجع عليه بشيء ووجه ذلك أنه لم ينفق عليه من ماله الذي يتصرف بين يديه لسنه وصوله إلى مال ابنه وهو يخير بين عينه ويستنفق عليه بأوله في كل وقت فرأى الإنفاق من ماله ليرجع به عليه العند أيسر عليه وأرفق به (فرع) وصفة الرجوع عليه أن يرجع عليه بما أنفق عليه في سائر السنين بقدر غلاء كل سنة ورخصها قاله في العتبية ابن نافع عن ابن القاسم وغيره ووجه ذلك عندي أن ينفق عليه دراهم أو دنانير يشتري بها ما احتاج إليه من طعام بكيل أو موزون أو ثياب أو غير ذلك ولو كان عنده طعام فأنفق عليه منه رجع عليه بمثل كيله والله أعلم (مسئلة) فإن مات الوالد عن أم أو جدة فإن للأب أن يرجع بما أنفق عليه في مال الولد وإن أبته الورثة معه قال مالك في المواز وهل عليه يمين أم لا قال مالك إن كان مليا فلا يمين عليه وإن كان عديما فاليمين عليه بالله أنفق ليرجع به وروى سحنون عن مالك أنه لا يمين ثم رجع فقال يحلف ووجه نفي اليمين أنها يمين تهمة دون دعوى ولا تحقيق ووجه إثباتها قول مالك وأصحابنا فيه مثل ما تقدم ذكره والله الموفق وهذا إذا لم يكن الأب أشهد بذلك وأما لو أشهد به لكان له الرجوع بما أنفق على كل حال وبالله التوفيق (مسئلة) فإن مات الأب فأراد الورثة أخذ النفقة من مال الابن بين مالك في المواز به والعتبية إن كان مال الابن عينا وهو بيد الأب يكون الإنفاق منه فلم يفعل لم يرجع الورثة فيه بشيء وإن كان كتبه الأب فالإنفاق يوصي بذلك لأن من عادة الآباء أن ينفقوا على الأبناء بالإنفاق عليهم وإن كان لم يقل وإن كان مال الولد عرضا أو حيوانا فللورثة محاسبة الابن بذلك إذا كتبه وقال ابن القاسم في العتبية هذا أحسن ما سمعت قال ابن المواز ووجدت لمالك يحاسبه إذا كان المال عرضا أو لم يكتبه أو لم يكتبه ومعنى ذلك أن يكتب ما أنفق عليه ليرجع به فيه المجلس قول مالك بأنه يرجع بها وأما إذا أهمل ذلك ولم يكتبه فهذا الذي اختلف فيه قول مالك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو قال الأب في مرضه لا تحاسبوه بما أنفقت فقد روى عيسى عن ابن القاسم ذلك ... [illegible] ... لأنه في فعله في صحته وقال أشهب أرى أن يحاسب في المال ... [illegible] ... لا تصدقه في قوله كتبت ما أنفقت عليه من مالي ... [illegible] ... والله ... [illegible] ... ص ❊ مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

❊ قال وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا إن أراد الولد ذلك

❊ وحدثني مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

وانه قد ادان معرضا فأصبح قد رين به قن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب * ش قوله أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج يريد انه كان يقصد ذلك ويجهد نفسه فيه ويشترى له الرواحل السابقة فيزيد في ثمنها الاثمان فمنها أعلى من قيمة غيرها أولانه كان يزيد على قيمتها لان من كانت عنده كان لا يسمح بها الابأكثر من قيمتها لصيانته بها لاسيما ممن يشتهر بها الذين ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج فكان يتعبها ويجهدها حتى انه ربما أعجزها وأهلكها فيلحق بذلك ماله وقام عليه غرماؤه وضاق ماله عن أداء ما عليه من الدين وهو معنى فلسه وقد تقدم الكلام فيه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه أيها الناس ألا وان الاسيفع اسيفع جهينة قيل ان ذلك الرجل كان اسمه الاسيفع وقال ابن مزين عن ابن وهب وابن نافع هو لقب لزمه وقال ابن مزين عن ابن وهب هو تصغير أسفع وهو الضارب الى السواد وقال انه وصفه بذلك للونه قال العتبي الاسفع الذى أصابه خدلون مخالف لسائر لونه من سواد وقوله رضي من دينه وأمانته بان يقال سبق الحاج يريد والله أعلم انه رضي بذلك عوضا مما أتلفه من دينه وأمانته باتلاف أموال الناس فيما لم تكن له ثمرة الا قول الناس انه سبق الحاج

(فصل) وقوله ادان معرضا يقال ادان الرجل فهو مدان اذا اشترى بالدين قال يدان وادان واستدان واذا أعطى بالدين قيل أدان وأما المعرض فقال أبو عبيد هو الذى يعترض الناس فيشترى ممن أمكنه ممن المعرض ههنا بمعنى المعرض يعني انه اعترض لكل من عرضه قال ومن جعله بمعنى الممكن على ما فسره أبو عبيد فيبعد لان معرضا منصوب على الحال فاذا فسر به عن تمكنه فالمعرض هو الذى يعترض لانه هو الممكن وقال أبو عبيد وروى معرض بالرفع وقال ابن سمعان فان شغره أ معناه يعترض اذا قيل له لا تستدن وروى أبو حاتم عن الاصمعي انه قال معناه انه أخذ الدين ولم يبال أن لا يؤديه وقال العتبي لا تحوزان ادان معرضا الا أن يكون أراد استدان معرضا عن الاداء وهو قول أبي حاتم وقال ابن وهب معنى ادان معرضا أى اشترى الدين ماله فاعترض بأموال الناس فيما استهلكها بها رواه ابن مزين عنه وعن ابن نافع

(فصل) وقوله فأصبح قد رين به قال أبو عبيد الهروي معناه قد أحاط الدين بماله وقال شمر رين به وران وهو رين عليه واحد معناه مات وقال أبو زيد رين بالرجل اذا وقع في أمر لا يستطيع الخروج منه قال ابن مزين وقال ابن نافع وابن وهب قد بيع به بالمحيى وقال سرمه قد أحيط به وقال في قوله تعالى بل ران على قلوبهم يقول طبع على قلوبهم وأحاط بها سوء أعمالهم وقال العتابي الا ران رين بالقطع به وقال السامي رين به تحير وقال شاعر البربري

وترك الهوى أر فاعلم معا ه وطاعته رين على العلب را ب

وهذه المعاني متقاربة والله أعلم

(فصل) وقوله من كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم يريد انه قد ساق ماله عن دينه فحجر عليه عمر الى يوم فيه وجمعه لغرمائه يريد الى غد ليحضرا فيقسم بينهم مالهم عنده والله أعلم

(فصل) وقوله واياكم والدين يريد معنى التحذير منه والتحرز من عاقبته في الدين والدنيا وقوله فان أوله هم وآخره حرب يعني بذلك الحرب السلب ورجل محروب بمعنى مسلوب يريد ان أول أمر يلتبه الدين همه باداته وصرفا عنه والمحافظة لسوء عاقبته وآخره أمره أن يسلب ماله وما يقتضي

وانه قد ادان معرضا فأصبح قد رين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب

به من عقار وحيوان وغير ذلك ويشترى من بعده فيباع عليه ويقضى بثمنه عمره ماوه

﴿ ما جاء فيما أفسد العبد أو جرحوا ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا في جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شيء اختلسه أو حريسة احترسها أو ثمر معلق جده أو أفسده أو سرقة سرقها لا قطع عليه فيها ان ذلك في رقبة العبد لا يعدو ذلك الرقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطي قيمة ما أخذ غلامه أو أفسد أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه ليس عليه شيء غير ذلك فسيده في ذلك بالخيار ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان ما أصاب العبد على هذه الوجوه التي ذكرناها زاد ابن القاسم وابن وهب عن مالك في المجموعة أو غصب امرأة فوطئها فلزمه ما نقص في الأمة وفي الحرة صداق مثلها فان ذلك كله في رقبته لا يعدوها ومعنى تعلق ذلك برقبته ان رقبته تسلم في هذه الجنايات الا أن يشاء سيده أن يفديه بها ارش الجناية على الجناية أو كثر وهذا كله لا يتعدى والمؤتمن عليه ولم يسلم اليه وأما ما أوتمن عليه أو أسلم اليه فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون كل عدوى كان من العبد بما أؤتمن عليه من وديعة أو بضاعة أو استؤجر على عمل أو عارية أو كراء أو ما صار بيده بادرا له وشبه ذلك أو أ كل ان كان طعاما فذلك في ذمته الا في وجه واحد ان يتعمد فساد ذلك الشيء بقطع الثوب والعبر وشبهه فذلك في رقبته وقاله أصبغ وقال ولم يكن ابن القاسم يميز بين ذلك وجه قول ابن الماجشون انه أسلمه ليعمره فلذلك تعلق بذمته وأما عمر العبر وقطع الثوب فانه قصد الاتلاف ... ذلك بعد في ذلك ... ووجه قول ابن القاسم انه قصد الاتلاف لما أؤتمن عليه على ... في رقبته كما لو أ كله (مسئلة) ومن استأجر عبدا ليوصل له بعيرا الى منهل فنحره والدم ... عليه الموت روى ابن القاسم عن مالك انه قال ومن نعلم مثل هذا أراه في رقبته وقال مثل ذلك اذا آجره على أن يطلب العبد ... أو نحره فأما كل شيء وهو عبد له ماله آجره على رعاية غنم ... أو جراسة ... أو على أن يحمل له شيئا الى بيته ... من البيت ... أره كالصانع ... المتاع (مسئلة) واذا قال العبد لرجل سيدي يسئلك ألف دينار سلفا فدفعها اليه ... فان ... لم يكن العبد مال قال أصبغ لا تؤمر بذلك خديعة ... وروى سحنون عن أشهب في العتبية ... في رقبته ان ادعى انه ... ان سيده ... ابن القاسم ليس ... وقوله الآخر انها في ذمته وجه ... الى العبد ... علمها ووجه القول الثاني انها ... بالخيار ... حيث ... علمها ... كما لو أودعها

﴿ ما يجوز من النحل ﴾

ص ... عن سعيد ... أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا له صغيرا لم يبلغ ... أن ... الا أن يكون الاب ... عن ... نحلة ... يلي ... فذلك جائز وان وليها أبوه ... ذلك الامر عندنا أن من ... الا أن يكون الاب عن ... نحلة ... فعل ذلك ... ولا من نحل ... ولا ... بالعطية جائزة وان وليها الاب

﴿ أو جرحوا ﴾

قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا في جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شيء اختلسه أو حريسة احترسها أو ثمر معلق جده أو أفسده أو سرقة سرقها لا قطع عليه فيها ان ذلك في رقبة العبد لا يعدو ذلك الرقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطي قيمة ما أخذ غلامه أو أفسد أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه وليس عليه شيء غير ذلك فسيده في ذلك بالخيار

﴿ ما يجوز من النحل ﴾

قال مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا له صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحله ... ذلك ... وليها ... قال مالك الامر عندنا ان من نحل ابنا له صغيرا ذهبا أو ورقا ... ذلك ... الاب ... الى رجل ... ذلك ... رجل ... ذلك ...

لانه هو الحائز لانه الصغير من نفسه ومن غيره وذلك أن الموهوب على ضربين عين وغير عين فأما غير العين فما كان يعار ولا ينتفع الاب به حال الحيازة وبعدها كالحيوان يستعملها أو الزرع يكريه أو السلعه يمسكها له أو يبيعها فانه يصح حيازة الأب اياها لابنه وما كان الأب ينتفع به كالدار يسكنها أو الثوب يلبسه فلا يصح حيازة الأب له مع استدامة ذلك لان انتفاعه به كسكنى الدار ولبس الثوب ينافي حيازة الابن (مسئلة) وهذا فيمن وهب معينا فأما اذا وهب جزأ مشاعا فاختلف قول مالك في جواز حيازة الأب لابنه فروى عن مالك أنه جائز وقال ابن الماجشون ثم رجع مالك وقال لا يجوز ذلك الا في العين وبه قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ وجه القول الأول ان ما صحت هبته صحت حيازته كالعين ووجه القول الثاني أن رهن المشاع لا يجوز لان الحيازة لا تصح فيها مع بقاء سائره بيد المرتهن فكذلك في الهبه (مسئله) وأما العين فاختلف في صحة اختيار الاب اياه وقد تقدم ذكر ذلك وهذا حكم الاب في الاختيار وأما الام فاختلف أصحاب مالك فيها فالذي قاله ابن القاسم ومالك أنها لا تجوز لابنها الصغير ما وهبته الا أن تكون وصيه وقال ابن وهب تجوز الام والاجداد والجدة اذا كان صغيرا في حجرهم وان لم يكونوا أوصياء وجه القول الاول ان من لا يجوز له نكاح اليتيم ولا النظر له في ماله فانه لا يجوز أن يحوز ما وهبه له كالأخ ووجه القول الثاني ان كل من له ولادة عليه وحضانة فانه يحوز ما وهبه له كالاب

(فصل) وقول عثمان رضي الله عنه من نحل ابنا له صغيرا وأشهد انها جائزة له وأشهد بها انه حائز للابن ولم يذكر في جميع ما نحل يحتمل أن يريد به كل نحل من عرض أو عين مختوم عليه الاب وأشهد بجواز ذلك على روايه عن مالك ويحتمل أن يريد به العرض خاصة فيجوز على القولين ويحتمل من جهة اللفظ أن يريد العرض والعين مختوما أو غير مختوم فلا يجوز في غير المختوم في قول مالك

(فصل) وقول مالك ان من نحل ابنه الصغير ذهبا أو ورقا أنه لا شئ للابن من ذلك الا أن يكون عزلها بعينها أو دفعها الى رجل فيجوز فاما وضعها عند غيره فلا خلاف في المذهب في جواز ذلك وأما عزلها فهو أن يجعلها في شئ ويختم عليها ويشهد على ذلك وقد تقدم ذكر ذلك والخلاف فيه اعتبار بقاء يده عليها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشفعه ﴾

﴿ ما تقع فيه الشفعه ﴾

أصل الشفعه ان الرجل كان اذا باع في الجاهلية منزلا أو حائطا أتاه الجار أو الشريك فيشفع اليه فيما باع فيشفعه ويجعله أولى ممن بعد سببه فسميت شفعه وطالبها شفيعا ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعه فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعه فيه قال مالك وعلى ذلك السنه التي لا اختلاف فيها عندنا ﴾ قال مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعه هل فيها من سنه فقال نعم الشفعه في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك ﴿ ش قوله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعه فيما لم يقسم يقتضي حكم الشفعه قبل القسمه والظاهر انه من جنس ما يقسم وأما ما لا يصح فيه القسمه فانه لا يتأتى فيه ما يقسم كا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الشفعه)
﴿ ما تقع فيه الشفعه ﴾
حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب وعن أبي سلمه ابن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعه فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعه فيه قال مالك وعلى ذلك السنه التي لا اختلاف فيها عندنا قال مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعه هل فيها من سنه فقال نعم الشفعه في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء وحدثني مالك أنه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك

لا يمال في الانسان يثبت فيه حكم كذا ما لم يقسم لان ذلك يقضي ان له حاله يقسم فيها * وما ينقسم على
ضربين ضرب يقسم بالحدود كالارضين وما فيها من المباني والأشجار وضرب ينقسم بغير حدود
كالمكيل والموزون والمعدود وبعض المذروع فقوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود بينه
فلا شفعة يقتضي اختصاص تعلق هذا الحكم بما يضرب فيه الحدود دون غيره مما لا يضرب فيه
الحدود وينظر فيما يحتمل ويحول مما لا ينقسم بضرب الحدود فان وجدنا علة ثبوت الشفعة فيه
أخفاه عافيه الشفعة وان وجدناه مختصا بما يضرب فيه الحدود قصرنا الشفعة عليه ووجدنا ما ثبت
الشفعة في حسمه يبطل حكم الشفعة فيه بالقسمة فيجب أن يكون المنع مما يصح فيه القسمة بالحدود
تأثيرا في اثبات الشفعة لانه قد وصف بذلك ما يجب فيه الشفعة والظاهر أن الحكم اذا علق على صفة
فان تلك الصفة علة لذلك الحكم أو وصف من أوصاف علة ذلك الحكم ويثبت بقوله فاذا وقعت الحدود
فلا شفعة ان للقسمة تأثيرا في ابطالها ويثبت أن الشفعة انما تجب لازالة ضرر ولا يصح أن تكون
لازالة ضرر القسمة على الاطلاق فان ضرر الشركة أشد مما لا ينقسم كالعبد والاحد والثوب الواحد
ولا شفعة فيه ولا يجوز أن يكون ضرر القسمة على الاطلاق لان في القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة
المكيل والموزون والمعدود فلم يبق ما يمكن أن يشار اليه الا الضرر اللاحق بنوع من
القسمة وهو ما يلحق بقسمة الارضين من الاجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والارضين فانه
يقسمها القاسم عالماً بحقوق ذلك ويفوت لهم فيها مؤنته وأجره بالتأويل لا الا شفعة الا بما
يقسم ولا يمون فيها مؤنته ولا أجره فثبت بذلك أن الشفعة مقصورة على ما هو كذا دون غيره
الاصول الثابتة * قال مالك في الموازية وغيرها انما الشفعة في الارضين وما يتصل بها من غرس أو بناء
فأما الارض فالشفعة فيها على ما ذكرناه وكذلك الشجر والبناء الثابت على ضربين أحدهما أن يكون
مقصودا بالقسمة والثاني أن يكون غير مقصود بالقسمة الذي يصح فيه ممنوعا فأما الضرب الأول فانه
على قسمين أحدهما ما ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالحوائط والدار الكبيرة التي ينقسم كل واحد
من المتقاسمين بالقسمة منها ما يقع عليه اسم حقل ودار والثاني لا يقسم الا بأن يغيرا ويوصف
كالحمام الذي ان قسم لم يكن حظ كل واحد من المتقاسمين حماما وأما القسم الاول فعلى نوعين
أحدهما الارض في قسمتها والثاني يلحق المضرة في قسمته فأما ما لا يلحق المضرة في قسمته بالاطلاق
في المذهب في ثبوت الشفعة فيه وهو أن يجمع فيه أصحاب الارض أن يكون فيه المنفعة
لقسمها كالحقل الذي منفعته بالمزارعة مقصودة والدار التي منفعتها بالسكنى مقصودة والشجر التي
منفعتها بالثمرة مقصودة وانما فيه أن يقسم دون غير والثالث ان يقسم دون مضرة (مسئلة) فاما
ما كانت منفعته غير مقصودة لقسمتها كالطريق التي لا تتجزأ لا يباع بمفرد أو ساحة الدار التي انما
يتخذ لمن فيها في سكنى البيوت فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما ما لا ينقسم مع بقاء
منفعته كالحمام فقد اختلف قول مالك فيه فقال ابن المواز لم يختلف مالك وأصحابه ان الشفعة في الحمام
وقال ابن الماجشون في كتاب الموازية وأن مالكا اختلف فيها فقال لا الا فيما لا يجوز له من
أن يكون حماما وقال ابن القاسم ثبت أن فيها الشفعة فوجه القول الاول ان هذا ليس من
الاصول الثابتة بل هو كالمنقول فلم يثبت فيه الشفعة أصلا كالذي لا ينقسم الا بضرر ووجه
القول الثاني ما احتج به فقال ان الاصل ثبوت حكم الشفعة فلا يمنع حكم الشفعة
كالعقار الثابت واما ما لا ينقسم الا بضرر فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) واما

الرحا في الموازية والعتبية قال ابن القاسم لا شفعة في رحا الماء ورحا الدواب وإن بيع مع البيت فالشفعة في البيت دون الرحا وهذا الحكم إنما تعلق بالأحجار والآلات لأنها ليست بعاقة ولا بناء وإنما هي آلات موضوعة غير متصلة بالأرض اتصال البناء وقد اختلف أصحابنا فيما بني منها في الدور وهل تبيع الدار بمجرد العقد وعلى حسب ذلك يخرج مذاهبهم في ثبوت الشفعة فيها وأما رحا الماء والدواب فليست مبنية في الأرض وإنما هي موضوعة فلا شفعة فيها على قول ابن القاسم وقال أشهب وعبد الملك في المجموعة والموازية إن نصبوها في أرضهم ففيها الشفعة وإن نصبوها في غير أرضهم فلا شفعة فيها إن باع أحدهم حصته من الرحا أو حصته منها ومن البيت وقال أشهب في غير هذا الموضع إنما الرحا التي لا شفعة فيها التي تجعل وسط الماء على غير أرض وأما ما ردم لها موضع في الماء فإن اتصل بالأرض فله حكم الأرض فإن لم يتصل بها فلا شفعة فأثبت فيها أشهب الشفعة إذا كان موضعها تثبت فيه الشفعة على سبيل التبع للموضع ومنع الشفعة كالبئر والعين فعلى هذا إنما الخلاف في ثبوت الشفعة في أحجار الرحا دون موضعها وأما مواضعها فتجري فيها من اعتبار الصفات ما تقدم (مسألة)
وأما الأندر فروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أنه تثبت الأندر إن كانت بين جماعة ففيها الشفعة كسائر الرباع وكعرصة الدار المهدومة وقاله أشهب وقال سحنون في العتبية لا شفعة فيه كالأفنية فذهب سحنون إلى أنه ليس فيه شفعة في نفسها وإنما هو ما ينتفع به للزرع الذي ينتفع من غير الأندر كالأفنية وإنما يختلط الورثة والتوسع فيها للسكنى وذهب ابن وهب إلى أن فيه الشفعة ومفردة كالمساكن
(فصل) وأما الثمرة ففي مالك فيها روايتان روى عنه ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة فيها قال أشهب وذلك أنها تقسم بالحدود كما تقسم الأرض ويريد والله أعلم إذا قسمت في النخل قبل الجد لاختلاف أغراض أهلها قال أشهب عن مالك في المجموعة وذلك ما لم يزايل الأصل وروى ابن المواز عن ابن الماجشون لا شفعة في الثمار وحكاه القاضي أبو محمد عن مالك وجه القول الأول أنها تبع للأرض بمجرد العقد فثبتت فيها الشفعة كالشجر ووجه القول الثاني أنها تمر على وتحول فإذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد كالثياب (فرع) وإذا قلنا بالشفعة فيها فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة الشفعة فيها ما لم تزايل الأصل وقال ابن القاسم في المدونة الشفعة فيها ما لم تيبس وتجد وجه قول مالك أنها ما دامت في النخل متصلة بالأصل فإن حكمها حكمه في الشفعة كالرطب والجريد ووجه قول ابن القاسم أنها إذا يبست تم بالأصل فلم يثبت فيها حكم الشفعة كالمجدودة وهذا إذا أفردت بالبيع الثمرة فإن بيعت مع الأصل فقد حكى القاضي أبو محمد أن الشفيع أخذه مع الثمرة فإنه كانت أو مجدودة ولم يسر بين ما في وأنفق وهذا المسألة وإن كان أبو محمد أوردها مجملة فقد اختلف أصحابنا ما أسار اليه وذلك أن النخل إذا بيعت فلا يخلو أن تكون فيها ثمرة أو لا تكون فيها فإن لم يكن فيها ثمر وإنما حدث الشفيع قبل أن تكون فيها ثمر أو قبل أن تكون الثمرة مأبورة فإن للشفيع الثمرة مع الأصل ولا خلاف في ذلك وإن جاء وقد أبرت الثمرة أو أزهت فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم قال ابن المواز عن أشهب إن اشتراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أزهت للمبتاع فإن الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة لأن المبتاع ... أبور الثمرة للمبتدع وقال ابن القاسم في المدونة أنه قول بعض الناس ووجه قول ابن القاسم أن الثمرة ثم فارق الأصل حكمًا في ... ولا وقع ... فكانت تبعًا للأصل فإنما يستحق بمعنى خاص كالاستحقاق وأنصار الثمرة فيها الشفعة ما دامت في حال

الثمار فثبت فيها حكم الشفعة تبعا وأصلا ووجه قول أشهب ما احتج به والله أعلم وأحكم (فرع) فإذا قلنا إنها تبع للأصل في الشفعة فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية يأخذ الأصل والثمرة بالثمن وعليه قيمة ما أنفق المشتري وسقى وعالج وقال أشهب فيها أخذ الثمرة بما على الرجاء والخوف ولو قال قائل له قيمة [illegible] لم أر به بأسا وقال عبد الملك في الكتابين وقال [illegible] الا الثمن لأن المشتري أنفق على ماله [illegible] فلا يرجع الا [illegible] وجه قول ابن القاسم أنه لما كان للشفيع الغلة كان له ما يخص بها من النفقة ووجه قول أشهب أن الثمرة لما لم [illegible]

[illegible]

[illegible] معه في ثمرة النخل [illegible] روى ابن القاسم عن مالك في الموازية [illegible] في العيب [illegible]

[illegible] ولا [illegible] القول [illegible]

[illegible] على ذلك [illegible] لا [illegible]

[illegible] لا [illegible] أصل [illegible] ابن القاسم [illegible]

[illegible] الزرع [illegible]

([illegible]) [illegible] الزرع [illegible]

[illegible] الزرع [illegible] في [illegible]

[illegible]

[illegible] الأول [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] ([illegible]) [illegible] الزرع على [illegible]

[illegible] الأرض والزرع [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] والزرع [illegible]

[illegible] الزرع [illegible]

[illegible]

فيها الشفعة كالثياب ووجه القول الثاني أن المنافع لا تنفصل ولا تتم إلا بالأصل الذي يقسم بالحدود
فثبتت فيها الشفعة كالثمرة النامية وبمثل هذا احتج ابن المواز لأنه يجعل الشفعة فيها

(فصل) وقوله فإذا وقعت الحدود فلا شفعة نص في أنه لا شفعة في مال بعد قسمته وبهذا قال مالك
والشافعي وهو المروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين
بإثبات الشفعة للجار الملاصق دون المحاذي والدليل على ما ذهب إليه أهل المدينة قوله صلى الله عليه
وسلم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة والحدود واقعة بين المتجاورين ومن جهة المعنى أن هذا متميز
الحق عن ملك المجاور فلم تثبت له شفعة كالجار المحاذي وهو معنى ما روى ابن المسيب أن الشفعة
لا تكون إلا بين الشركاء ص * (قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بحيوان عبد
أو وليدة أو ما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة
قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب
الشفعة الشريك بل قيمتهما خمسون دينارا * قال مالك يحلف المشتري أن قيمة ما اشترى به مائة دينار
ثم إن شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذ أو يترك إلا أن يأتي الشفيع ببينة أن قيمة العبد أو الوليدة
دون ما قال المشتري) ش وهذا على ما قال أن من اشترى شقصا بعرض ثم جاء الشفيع فإن له أن
يأخذه [illegible] ذلك العرض إذا كان مما لا يكال ولا يوزن ولا يعد ومعنى ذلك أنه [illegible] الأمثال له وفي
كتاب ابن المواز إن اشتراه على جزاف فعلى الشريك قيمة ذلك [illegible] يوم [illegible] بالذهب ويقوم [illegible]
بالذهب وكذلك الجزاف من [illegible] والرصاص والنحاس والطعام المشتري وأما إن اشتراه المشتري
بكيل أو وزن أو عدد فإنما عليه مثله وليس [illegible] من بيع ما ليس عنده لأنه بعقد لا يقع على
اختيار المتعاقدين لأن المشتري مغلوب على التسليم وإنما المنهي بيع ما ليس عنده في العقد الموقوف
على اختيار المتعاقدين على [illegible] خلافا لابن القاسم وأشهب [illegible] المرابحة وقد تقدم ذكره

(مسألة) وإن كان العرض الذي اشترى به المشتري [illegible] في كتاب ابن المواز عن أشهب أن
لا شفيع أن يأخذ [illegible] العرض إلى أجله على مثل [illegible] ولا يجوز أن يأخذ ذلك [illegible]
بالعرض وقال محمد وهذا غلط ولا يأخذه إلا [illegible] العرض إلى أجله وقد رواه [illegible] أشهب
قال محمد [illegible] في [illegible] والشراء بعرض مؤجل [illegible] العرض المعين [illegible]
[illegible] البيع والبيع الموصوف في الذمة [illegible] لم يقبض البيع
وكذلك [illegible] قول أشهب أن العرض لا يجب تسليمه [illegible]
[illegible] (مسألة) وإن اشترى الشقص بدين إلى أجل فقد قال ابن الماجشون في
المواز [illegible] أخذ الشفيع [illegible] ذلك الدين عرضا من العروض [illegible] وما أشبه
ذلك [illegible] أن الدين [illegible] يوم العرض بعين
[illegible] مالك [illegible] ابن المواز وابن حبيب عن مالك أن الشفيع لا يأخذه إلا بمثل
[illegible] الدين أو يترك [illegible] وإن كان البائع [illegible] العرض [illegible] وقاله أشهب [illegible]
[illegible] الأجل [illegible]
[illegible] قول ابن الماجشون أن الدين كالعرض ولذلك لا [illegible]
[illegible] العرض لأن [illegible]
[illegible] العرض يؤدي إلى [illegible] أصل [illegible] وإنما يقوم العرض مرة أخرى بالعين على

* قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بحيوان عبد أو وليدة أو ما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمتهما خمسون دينارا قال مالك يحلف المشتري أن قيمة ما اشترى به مائة دينار ثم إن شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذ أو يترك إلا أن يأتي الشفيع ببينة أن قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشتري

قول سحنون ان التقويم انما شرع في العين لانه لا يختلف فيه الأسواق ولا البلاد ولذلك اتفق على
انه أصل الاثمان وقيم المتلفات وأما دخول العرض فيه فالتحايل ليسلم من التفاضل في الجنس الواحد
من العين وأما لا يجوز ومثل هذا في البيع لمنع الذرائع وذلك حكم يختص بالبيع دون ما يجب عليه
من التقويم والله أعلم ووجه قول مالك ان المشتري اشترى بالعين فلا يأخذه الشفيع الا بمثل ذلك
الثمن كما لو اشتراه بثمن مؤجل على المشتري والبيع يكون على القيمة أو أقل أو أكثر وليس للشفيع
أن يأخذ الا بمثل الثمن وان زاد المشتري على القيمة أو نقص وانما يعني أصبغ الهضم الكثير لانه بعده
بمنزلة الهبة من جملة الدين كما لو وهبه بعض الثمن بعد انعقاد البيع وان الطرح الكثير لا تأثير له واليسير
له تأثير في الثمن فكذلك في [illegible] (فرع) فاذا قلنا يأخذ بمثل الدين فقد روى ابن حبيب عن
مالك ان كان الدين يوم قيام الشفيع حالا أخذه به حالا وان كان بقي من الاجل شيء فالى مثل ما بقي من
الاجل وقال أصبغ ان شاء أخذه بمثل الدين حالا ووجه قول مالك ان حكم الشفعة مساواة الشفيع
المشتري فيما يدفعه عوضا عن الشقص وليس من المساواة أن يعجل له ما هو مؤجل عليه ووجه قول
أصبغ ان الدين الذي كان على البائع تصور رقبة أخذ عوضه منه وليس للشفيع على المشتري
دين مؤجل فيأخذه بمثله ولا كان يتفق أن يكون كل شفيع له على المشتري مثل الدين الذي كان
للمشتري على البائع والى مثل أجله ولا يجوز أن يزيد في الأجل ولا ينقص منه لان ذلك يدخله بيع
وسلف فلذلك لم يصح مراعاة الاجل في الشفعة والله أعلم (مسئلة) ومن اكترى ابلا الى مكة
بشقص أو استأجر به أجيرا أو اكترى دارا به ففي المجموعة عن مالك للشفيع أن يأخذ بمثل كراء
الابل وقيمة الاجارة وقال أشهب بمثل كراء الابل الى مكة من مثل صاحبها ان كان مضمونا فعلى
الضمان وان كانت بعينها فعلى التعيين وقاله ابن الماجشون في الاجارة بمثل أجرة من استؤجر
(فرع) فاذا حدث بالدواب العيب في بعض الطريق او مات الاجير أو انهدم المسكن في نصف
السنة فليرجع البائع بما بقي بحصته على المبتاع ولا ينقض على الشفيع شيء قاله ابن المواز وقال
أشهب في المجموعة يرجع ربه المكاري بحصة ما كان أخذه منه من قيمة كراء له الا أن يكون
قد [illegible] كراءها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء الدابة ويدفع له
بذلك نصف قيمة الشقص ويعود لصاحب الملك

(فصل) وقوله في رجل اشترى قيمة الوليدة مائة وقول الشفيع قيمتها خمسون يريد ان المشتري
اشترى الشقص بالوليدة والشفيع اختلفا في قيمة الوليدة التي بيع بها الشقص فقال المشتري قيمة ذلك
مائة لا يأخذ الشفيع الا بمائة وقال الشفيع خمسون لا آخذ الشقص الا بخمسين وقال مالك ان
القول قول المشتري يحلف على المائة ووجه ذلك ان الشقص في يده والقول قول صاحب اليد
فان احلف قال الشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بما حلف عليه أو يتركه وفي كتاب ابن المواز والمجموعة
في اختلاف المشتري والشفيع في الثمن اذا أتى المشتري بما لا يشبه الثمن أو جهلوا الثمن أخذه الشفيع
بقيمته يوم [illegible] المبتاع وغيره قال ابن حبيب عن أصبغ وروى عن مطرف ان القول قول
المبتاع وان لم يشبه وروى أشهب في كتاب ابن المواز عن مالك ان أتى المشتري بما يشبه فهو مصدق
بغير يمين وفيما لا يشبه بالعين وروى ابن القاسم عن مالك يصدق المشتري فيما يشبه ولا يصدق فيما لا يشبه
الا ان يجاوزه الملك فيصدق فيما قال به قال محمد اختلف مالك وأصحابه في أن الشفيع لا يأخذه
الا بما قال المشتري اذا أتى المشتري بما يشبه واختلفوا اذا أتى بما لا يشبه على ما تقدم قال محمد وهذا

كله اذا لم يدع الشفيع معرفة الثمن فان ادعى معرفته فلا بد من تعيين المتاع فان نكل حلف الشفيع [illegible]
وأدى ما قال وقال مالك في موطئه [illegible] والله أعلم الى قوله في مسألة [illegible] المذكورة [illegible]
الاصل [illegible] (فرع) واوصى [illegible] أحدهما في [illegible]
الى [illegible] ولا [illegible] أحدهما الاعماق [illegible]
[illegible] واعلم أن [illegible] على [illegible]
[illegible] الارض [illegible]
[illegible] (مسئلة) [illegible]
في [illegible]
[illegible]
[illegible]

(قوله) [illegible]

[illegible]

قال [illegible]
[illegible]
واما الموصوف [illegible]
[illegible] السرقة
[illegible]

السفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف ورواه ابن حبيب عن مطرف قال عبد الملك إذا علم
فقول لم أرد ثوابا فإن رأى الناس أنه أراد به الثواب فإن الموار وإن ترك الثواب أو صنع الشفعة
فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب ومعنى ذلك أن الثواب فهولوا عاسمد باشاده أو بالقيمة و وجه
قول أشهب سندي أن يقضى له بالشفعة بالقيمة إلى قدر مقوبلك فأرق الشفعة لأن الشفيع سهد
أنه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن فجوز له ذلك فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلوما
وإنما ذلك من شرط لزومه وهذا الطاهر من قول مالك وفي الموطأ ليس له أن يأخذ الشفعة مالم
يثب بها ومعنى ذلك إذا لم يثب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وإذا أثاب [illegible]
الموار فلا [illegible] كان [illegible] أحد [illegible] العوض [illegible] كان [illegible]
بالأصل [illegible]

[illegible]

معاوضة فتثبت فيه الشفعة كالوملك بالبيع ويأخذه الشفيع بقيمة الشقص خلافا للشافعي في قوله يأخذه بمهر المثل والدليل على ما نقوله أن البضع ليس بمال فيتعذر به ثمن المبيع فيه وليس كل مهر المثل هو الثمن فيلزم ذلك الشفيع كأخذه من [illegible] ص * قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن الى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة * قال مالك ان كان مليأ فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الاجل وان كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن الى ذلك الاجل فاذا جاءهم بحميل ملي ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الارض المشتركة فذلك له * ش وهذا كما قال ان من اشترى شقصا بثمن مؤجل فان الشفيع انما يأخذه بمثل ذلك الثمن الى ذلك الاجل لان من حكم الشفعة انما تكون بالثمن الاول في قدره وصفته وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له الاخذ بثمنه حالا أو الانتظار الى أن يحل الأجل فيأخذه بالنقد ووجهه ما قدمناه

(فصل) وقوله وان كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الأجل لما قدمناه من المماثلة وهذا اذا تساويا في الملاء والثقة وان كان المشتري أملى من الشفيع وثقة قال أشهب في المجموعة والموازية لم يكن في مثل ملاء المشتري فليأت بحميل في مثل ثقة المشتري وملائه قال ابن المواز والذي عندنا أنه ليس عليه حميل اذا كان ثقة وان كان المبتاع أملأ منه ووجه القول الأول ما قدمناه من التساوي في الثمن فكذلك في الذمتين اللتين هما محلا له ولا يشرع التأجيل ولو تعذر التأجيل ولم يأت بحميل مثل الذي اشترى منه الشقص قال محمد ولم يشترط هذا في رواية ابن القاسم وهذا الاشهر عن مالك ووجه القول الثاني ان التساوي انما يعتبر في ما يتعلق به الحكم وهو الملاء والعدم [illegible] بذلك دون التفاضل اذ الذمم لا تكاد تتساوى ولا يعتبر فيها الا الحد الشرعي ولذلك لو كان الشفيع أتم ملاء وثقة لم يؤثر ذلك في أخذه بالشفعة نقصا من الثمن ولا الاجل ولا اشتراط [illegible] كما [illegible] فاذا لم يؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشتري فكذلك نقصها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وان كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن الى ذلك الاجل وجاء بحميل مثل [illegible] المشتري فذلك له [illegible] احداهما انه يريد انه ان كان عديما لم يسلم اليه الشفعة لان في ذلك تغريرا بالشقص [illegible] الاداء فلا يوجد ما يؤخذ منه ولا [illegible] حتى [illegible] بحميل به أو [illegible] وفي تعجيل الثمن الى ذلك الاجل لان في ذلك أمانا من لحاق [illegible] العدم والمسألة الاخرى أي بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسألة) وهذا اذا كان المبتاع مليا فان كان [illegible] في العدم [illegible] الشفيع الاخذ بالشفعة دون حميل ولا رهن رواه ابن المواز قال [illegible] لا شفعة له [illegible] كان المبتاع أو عديما أو لم يكن وجه القول الاول ما ذكرناه من مراعاة التساوي ووجه القول الثاني ان [illegible] المشتري بالدين على الشفيع [illegible] الثابت بالمشتري [illegible] كما لو أراد ان [illegible] الثمن [illegible] له بعد الشفع لم يلزم ذلك المشتري للشفيع (مسألة) ولو لم يقم الشفيع حتى حل الاجل وأدى الثمن فله الاجل [illegible] كما كان للمشتري قاله عبد الملك في الموازية والمجموعة [illegible] وان لم يكن له [illegible] بحميل [illegible] السلطان [illegible] وان [illegible] روى ابن حبيب [illegible] بعد الاجل [illegible] ووجه القول الاول [illegible] في العرض [illegible] في ذلك [illegible] المشتري الاجل بالأجل على المشتري [illegible] أن الاجل [illegible] كان [illegible] للمشتري والشفيع [illegible] في [illegible] والله أعلم وأحكم ص * قال مالك لا تقطع شفعة

قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن الى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة قال مالك ان كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن الى ذلك الأجل وان كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن الى ذلك الأجل فاذا جاءهم بحميل ملي ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له قال مالك لا تقطع شفعة

الغائب عيبته وإن طالت غيبته وليس لذلك عندنا حد ينقطع إليه الشفعة ﴾ ش وهذا على ما قال وذلك أن الأخذ بالشفعة للشفيع ثابت ما لم يترك أو يظهر منه ما يدل على الترك أو يأتي من طول المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة وعند أبي حنيفة والشافعي أنها على الفور * قال مالك في المواز يه والمجموعة لا ينقطع شفعة الغائب غيبته ولو طالت وإن لم يشهد في غيبته أنه على شفعته ووجه ذلك أن الغائب معذور في تركه القيام في الشفعة فلم يسقط بذلك حقه كالأعمى والمجنون (مسئلة) وهذا إذا كانت غيبته بعيدة فإن كانت قريبة فقال أشهب في الكتابين إن كانت غيبته قريبة لا مؤنة عليه في الشخوص فهو كالحاضر قال في المجموعة وهذا إذا طال زمانه وعلم بوجوب الشفعة ووجه ذلك أنه لا مضرة عليه في طلب الشفعة فكان طول امساكه عن المطالبة بها بمعنى تركها كالحاضر (مسئلة)

وأما الحاضر فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان إحداهما أنه لا حد لذلك والثانية أن له حدا ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم إنما الشفعة فيما لم يقسم وهذا على عمومه في الأوقات والأحوال ومن جهة المعنى أن هذا حق يتعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادرا على إزالته عن نفسه بوقفه فإذا لم ينقطع حق المشتري من التوقف بمضي المدة لم ينقطع حق الشفيع بمضي المدة ووجه الرواية الثانية أن في ترك الشفيع طلب شفعته إضرارا بالمشتري ومنعا له من التصرف في ملكه بالعمارة والإنفاق له فكان له حد ينتهي إليه أمر المتاع عند انقضائه الشفعة ولا ينقطع حق المشتري بتركه انفاق المنع كالانقطاع الشفيع بتركه الإشهاد بالأخذ بالشفعة (فرع) فإذا قلنا بتحديد المدة فقد روى ابن القاسم عن مالك السنة والسنتان قريب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك لا تنقطع الشفعة بمضي السنة إلا أن يوقف وقال لا أرى الخمس سنين طولا وروى عن أصبغ هو على شفعته السنين ونحو ذلك فإذا قلنا بالسنة وهو الأكثر من قول أصحابنا العراقيين فإن وجه ذلك أن السنة قد جعلت قدرا لقطع الأعذار في العنة وغيرها فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة (فرع) فإذا قلنا بالسنة فهل يكون لما قارب من السنة حكمها فقد قال أشهب إذا غربت الشمس من آخر يوم أيام السنة فلا شفعة له وروى أشهب عن مالك السنة قريب وذلك يقتضي نفي هذا التقدير وقال ابن مسير ما قارب السنة دخل في حكمها ووجه القول الأول أن ما حد بالسنة كان حكمه مقصورا عليها كالسنة للمصر وللعنة والجنون ووجه القول الثاني أن المدة المحدودة بالسنين إذا لم تنص إلى فرقه كان حكم ما قارب السنة حكم السنة أصل ذلك مدة الرضاع (مسئلة) وهذه المدة للشفيع الحاضر فيما لم يوقف وقيل إن يقطع شفعته على حد ما تذكره بعد هذا أو يكون له عذر ولا يسقط شفعته بمضي مدة المدة وقال في المجموعة من المرأة في ذلك والضعيف ومن لا يستطيع النهوض مثل غيره وقال مطرف وابن الماجشون وكذلك المريض والصغير والبكر كالغائب سواء كان المريض عالما بشفعته أو جاهلا بها وقال أصبغ المريض كالصحيح في ذلك إلا أنه يقدر على أن يشهد في مرضه فقيل في وقت الشفعة أنه على شفعته وهذا يقتضي أن الغائب إنما يبقى حكم شفعته إذا لم يعلم بذلك وإذا علم فإنه إنما يقدر على إسرائه بأخذ بالشفعة فإن لم يفعل فحكمه حكم الحاضر (مسئلة) فإذا زالت هذه الأعذار من الغيبة والمرض والصغر وما ذكر فيل هذا فإن لمن زالت عنه من أنه بعذر وله مثل ما للشفيع من المدة بعد الإبراء رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك أن مدة العذر غير معتبر بها فإذا زال العذر اعتبر من وقتنا كان الأخذ بالشفعة بقدر ما يتيسر لمطلق الدواعي من وقت

العائب عيبته وإن طالت عيبته وليس لذلك عند ا حد تنقطع إليه الشفعة

الشفيع لأنه في حكمه والله أعلم وهذا إذا كان الصغير لا ولي له من أب أو وصي أو مقدم من حاكم فإن
كان له ولي منهم فإن له من المدة مثل ما للكبير المحجور إلا أن يسلمه الولي قبل ذلك فإن ترك الولي الأخذ
بالشفعة سنة فلا شفعة له قاله أشهب وقال مالك في المجموعة إن علم الولي بالشفعة وعلم منه في ذلك
تفريط وتضييع فلا شفعة للصبي إذا بلغ بعد خمس سنين قال ابن القاسم وأشهب لأن وليه بمنزلته وقول
مالك هذا على أن مدة الشفعة خمس سنين والله أعلم (مسألة) وهذا إذا كانت الغيبة متصلة من
قبل وقت الابتياع وأما إن كان حاضرا عند الابتياع ثم غاب فطالت غيبته حتى انقضت مدة الشفعة
ففي المدونة في الشفيع يكون حاضرا عند البيع ثم يغيب عشر سنين أو أكثر إن كان خروجه في
مدة لو قام فيها ثبتت له الشفعة وكان سفره سفرا يعلم أنه لا يرجع حتى تمضي أمد الشفعة فقد بطلت
شفعته وإن كانت غيبته يرجع من مثلها قبل انقضاء أمد الشفعة فعاقه عائق فهو على شفعته بعد أن يحلف
أنه ما كان تاركا للشفعة وسواء أشهد عند خروجه أو لم يشهد ووجه ذلك أنه خرج في مدة كان له الأخذ
بالشفعة إلى سفر يعود قبل أمد الشفعة فكان بمنزلة الحاضر يترك الشفعة إلى آخر أمدها فإنه إذا
قام في بقيته من أمد الشفعة كان له الأخذ بالشفعة فإن عاقه من ذلك عائق أدى به حتى انقضت المدة فلأنها
إنما تنقطع بعدم العوائق ولذلك لم يحتج أن يشهد عند سفره أنه باق على شفعته لأن بقاء المدة يشهد له
بذلك والله أعلم وأحكم (مسألة) ولو كان الشفيع حاضرا والمشتري غائبا ففي المجموعة لأشهب
وإن غاب بعد الشراء أو اشترى وهو غائب أو اشترى له وكيل فالشفيع باق وإن طالت غيبة المشتري
قال ولو قام بشفعته لحكم له بها فإن لم يقم لم يضره تأخيره لعذر تجشم الخصومة فإن ذلك عيب ليس له
أن يحضره خصم (مسألة) ولو كان الوكيل يبيع ويشتري وهو بكري يحضره الشفيع لم يقطع ذلك
شفعته ما لم يكن وكيلا على دفع الشفعة عن المشتري قاله أشهب وقال ابن ... إذا كان الوكيل يبيع
ويقدم يحضره الشفيع فلا بد أن يلي ذلك معه أو يدفع شركته في ذلك قال وإن لم يطلب شفعته قال ولو لم
يل ذلك معه وقامت بينة أنه لم يدع ذلك وهو حاضر فلا شفعة له إذا مضى من المدة ما يقطع الشفعة
(فصل) فإذا قلنا إن الشفعة تورث ولا تقطع الشفعة فهل تحد بحد يعلم به أنه لم يكن في هذه المدة إلا
تاركا لشفعته روى ابن القاسم عن مالك في الغائب يحلف إن قام بعد سنة أشهر وفي الموازية عن
مالك يحلف في تسعة أشهر أو خمسة ولا يحلف بعد شهرين فعلى هذا المدة التي لا يضر بها ما قصر
كالشهرين وما كان له حكمها فهذا أخذ بالشفعة من غير يمين وما طول بها كالستة أشهر وما
كان له حكمها فهذا أخذ بالشفعة بعد أن يحلف وطول المدة ما زاد على السنة في رواية أشهب فهذا
تنقطع فيه الشفعة (مسألة) وهذا إن علم بالشراء ثبت ذلك عليه ببينة أو إقراره وإن أنكر
العلم به فهو مصدق بالبلدة قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم أنه مصدق ولو بعد أربعة أعوام قال ابن
المواز وإن الأربعة لكثير ولا يصدق في أكثر منها ص ﴿ قال مالك في الرجل يورث الأرض نفرا
من ولده ثم يولد لأحد النفر ثم يهلك الأب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الأرض فإن أخا البائع
أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الأمر عندنا ﴾ ش وهذا على ما قال إن
الإخوة إذا ورثوا أرضا فتوفي أحدهم عن ولد وورثه ثم باع أحد الولد نصيبه فإن إخوة البائع أحق
بشفعته من أعمامه لأن شركتهم أخص فتختص بمضرة الشركة وتبعيض السهام وتنقيص ما أراد
الضرر من القسمة فكانت الشفعة لهم أولى وقد قال ابن المواز المشتري والوارث في الشفعة سواء
وقال مالك في المجموعة والعتبية ليس المشتري كالوارث ولا العصبة كأهل السهام المفروضة فحمل

* قال مالك في الرجل يورث الأرض نفرا من ولده ثم يولد لأحد النفر ثم يهلك الأب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الأرض فإن أخا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الأمر عندنا

القول الذي في كتاب محمد الجالعمل وايه العتبه ويحتمل ان يريد ان الوارث الواحد يشارك المشتري انه ينزله في الشفعة ورواية العتبية في جماعة ورثة يرون أنا هم ان بعضهم أحق بشفعة ما باعه اشراكهم من الورثة لما قدمناه (مسئلة) والورثة على ضربين أهل سهم وغير أهل سهم فأما أهل السهم كالجدتين يشتركان في السدس والاخوات الشقائق والاخوات للاب يشتركن في الثلثين والاخوة للام يشتركون في الثلث والزوجات يشتركن في الربع أو الثمن فقد قال مالك في المواريث والمجموعة أهل السهم أحق بشفعة ما باع أهل سهمه من سائر الورثة فان تركوا الشفعة فأهل الميراث أحق من الشركاء الذين لا يشاركون بذلك الميراث فان سلم أهل الميراث فسائر الشركاء أحق بالشفعة قال ولم يختلف فيه أصحاب مالك المغيرة وغيره الا ابن دينار (مسئلة) فان كان مع أهل السهام عصبة فباع أحد العصبة فقد قال ابن القاسم الشفعة لأهل السهام والعصبة قاله مالك وأصحابه الا أشهب فانه قال الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهام وجه القول الاول ان آحاد العصبة مشاركون لجملة أهل السهم ولذلك كان أهل السهم بمنزلتهم في حقوقهم وآحاد أهل السهم لا يشاركون العصبة وانما يشاركونهم بالجملة لأن حقوقهم مقدمة وقد تساووا في ذلك ووجه آخر وهو ان معنى التعصيب في هذا الموضع الوراثة لا من يدخله ولذلك لا تقرر سهامهم ولا يختص بسهم ما وحق أهل السهم المقدم على العصبة بذلك السهم ولذلك ضرب به عند العول والعصبة تسقطون عند العول فكل حق للعصبة يشاركهم فيه أهل السهم بذلك وحقوق أهل السهم مقصورة عليهم لاختصاصهم بالسهم وحقوقه (مسئله) ومن أوصى لهم بثلث أو بسهم فباع أحدهم فان شركاءه أحق بالشفعة من الورثة قاله أشهب في المواريث وقاله ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم للورثة الدخول معهم وهذا على ما تقدم من حكم الوصية مع أهل السهام ص ✱ قال مالك الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك اذا تشاحوا فيها ✱ قال مالك فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحد الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري ان شئت أن تأخذ الشفعة كلها أسلمتها اليك وان شئت أن تدع فدع فان المشتري اذا خيره في هذا وأسلمه اليه فليس للشفيع الا أن يأخذ الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها فهو أحق بها والا فلا شئ له ✱ ش وهذا على حسب ما قال ان الشفعة بين الشركاء على قدر مالهم من الانصباء في المال المبيع بعضه وليست الشفعة على عدد الشركاء قاله في الواضحة وبه قال علي بن أبي طالب قال أبو حنيفة [illegible] الشفعة على عدد الشركاء لا على قدر انصبائهم والدليل على ما نقوله ان الشفعة مستفادة بالملك فكانت على قدر الأملاك كالغلة ودليل ثان وهو ان الشفعة انما وجبت لازالة الضرر عن الشركاء بسبب الشركة فوجب ان تكون على قدرها كأجرة القاسم [illegible] لو كانت دار بين رجلين لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها [illegible] عليهما بقدر نصيب كل واحد منهما ✱ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وقد [illegible] مالك

[illegible] الشفعة بقدر حصة ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك اذا تشاحوا فيها [illegible] ان لم يتشاحوا [illegible] احدهم الشفعة على [illegible] وان لم يعط القليل النصيب من ذلك [illegible] ما يعطي من [illegible] وقد حكى القاضي ابو محمد لا يجوز [illegible] والمشتري للشفعة [illegible] بذلك [illegible] (فرع) [illegible] المشتري لانه لاحق له في [illegible] الذي أخذ [illegible] أكثر من حقه [illegible] وانما صار له [illegible] وان [illegible] أخذ جميع [illegible] فكذلك [illegible] أخذ جميع وانما [illegible] كله بعض الشفعة أو جميعها [illegible] الاخذ بها

✱ قال مالك الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا فقليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك ان تشاحوا فيها ✱✱ قال مالك فاما أن يشتري رجل من رجل من شركائه حقه فيقول أحد الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري ان شئت أن تأخذ الشفعة كلها أسلمتها اليك وان شئت أن تدع فدع فان المشتري اذا خيره في هذا وأسلمه اليه فليس للشفيع الا أن يأخذ الشفعة كلها أو يسلمها اليه فان أخذها وهو أحق بها والا فلا شئ له

(فصل) وقوله فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه فيقول أحد الشركاء أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري اما أن تأخذ الكل أو تدع الشفعة فليس للشريك الا ذلك يحتمل أن يريد بقوله فيشتري رجل من رجل من شركائه ان رجلا أجنبيا اشترى من رجل من شركاء المالك فنسبه اليه بمعنى الملك كما يقول صاحبه وماله ويحتمل أن يريد به ان رجلا من الشركاء اشترى من رجل من شركائه فيكون الضمير من شركائه عائدا الى المشتري فان كان المشتري من غير الشركاء فاراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة وقال المشتري اما أن تأخذ الجميع أو تدع الجميع فلا يخلو أن يكون سائر الشركاء غائبا أو حضورا فان كانوا حضورا وأبوا الاخذ لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك فان ترك فلا رجوع له في الشفعة فان أخذ لم يكن لاحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه ووجه ذلك ان الاخذ بالشفعة عقد لازم والترك لها مسقط لحكم الشفعة على وجه اللزوم فاذا انعقد ذلك على أحد الوجهين فقد لزم في الجهتين فلا رجوع لاحدهما فيه (فرع) ولو أراد الشفيع أخذ الجميع لم يكن للمشتري منعه من أخذ الجميع قاله في المدونة ووجه ذلك أن الشفعة شرعت لنفي الضرر من التبعيض فكما ليس للشفيع أن يبعضها على المشتري كذلك ليس للمشتري تبعيضها على الشفيع وروى ابن حبيب عن أصبغ ان كان المسلم للشفيع سلمها على وجه الهبة للمبتاع فليس للشفيع الآخر الا قدر سهمه وللمبتاع سهم المسلم وان كان تسليمه على وجه كراهية الاخذ فللشفيع أخذ الجميع فان أبى فلا شفعة له وقد تقدم انه لا يجوز هبة الشفعة لكن انما يجوز هبتها لمن له حق في ملكها كالمشتري واذا تركها الشفيع ولم يهبها فان للشفيع الاخذ بالشفعة وقد تقدم علمه والله أعلم (مسئلة) وان كان اشراكه غائبا لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا ولما أخذ الآن الكل او يترك فان ترك فلا دخول لاصحابه اذا قدموا وأخذوا الشفعة فان قدم واحد ممن غاب فسأل له حد الجميع او ترك الجميع ولو أخذ الحاضر الجميع فمن قدم دخل معه في الشفعة ان أراد ذلك على قدر حصتهما كما لو لم يكن شريك غير ما قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها (مسئلة) وأما ان كان المشتري أحد الشركاء فاراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وسلمها سائرهم وقال الشفيع انك شفيع معي فأنا أترك لك بقدر ... ك من الشفعة لم أره منصوصا والاظهر ان تحمل هذه المسئلة من التأويل * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي ان المشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك وليس للشفيع الا ذلك لان المشتري أخذ ما اشتراه بالشراء لا بالشفعة فان أراد الاخذ بالشفعة أخذ الكل والا بطلت الشفعة وبقي عند المشتري بالشراء لا بالشفعة والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك في الرجل يشتري الارض فيعمرها بالاصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقا فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها ﴾ ش وهذا على ما قال ان المشتري اذا اشترى الارض فعمرها فان عمارته لها تكون على وجهين أحدهما بالغرس والبناء وما له أصل ثابت والثاني ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحرث والاصلاح فأما ما كان عمارته فانه أصل ثابت فان الشفيع لا شفعة له الا بعد دفع قيمة ما عمر قاله مالك في المواز به انه يخرج عنه ويغرمها ووجه ذلك انه عمر وهو محق لانه عمر في ملكه فلم يكن للشفيع ان يأمره بالقطع ولا يكون له ان يأخذ الارض بالشفعة ويشاركه المشتري بالعمارة لان ذلك زيادة من ضرورة الشركة التي شرعت الشفعة لنفيها ولو تصورت هذه المسئلة بأن يكون المشتري

* قال مالك في الرجل يشتري الارض فيعمرها بالاصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقا فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها

اشترى الأرض كلها فعمرها وهو يعتقد انها له فاستحق رجل منها حصة وأراد أخذ الباقي بالشفعة وهذا معنى قول مالك ان المشتري اشترى الأرض ثم أتى رجل بعد ان عمر فأدرك فيها حقا بيده والله أعلم استحق منها جزأ أو أراد بقوله أن يأخذها بالشفعة انه أراد أن يملك جميعها وأما من اشترى شقصا من أرض فبنى فيها ثم قام الشفيع فان العمارة تقوم مطروحة نقضا فان شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضا والا أمره بقلعه قاله مالك في المجموعة ووجه ذلك انه متعد بالبنيان (فرع) فاذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ما غرس فقد روى أشهب عن مالك في المواز به انه فيه ذلك يوم الأخذ بالشفعة لانه قد يهدم بل ذلك ويبنى ويغرس وقال أشهب وقال بعض الناس للغارس ما أنفق وليس بصواب وقد يشترى في غراس وحفر عيون الماء الكثير ولا يثبت منه الا اليسير قال ابن المواز ونحوه قال ابن القاسم وعبد الملك

(فصل) وقوله ثم أتى رجل فيدرك فيها حقا بيد يستحق بها جزأ وهذا الجزء الذي استحقه وقد بنى فيه المشتري فانه ليس له أخذه حتى يدفع الى المشتري قدر حصة ذلك الجزء من البناء لما قدمناه من انه بنى بوجه حق فليس له أن يأمره بقلعه لانه اتلاف لما بنى وغرس فان أبى المستحق من أن يدفع الى المشتري قيمة ما بنى قيل للمشتري ادفع اليه قيمة أرضه دون العمارة المذكورة من الغرس والبناء فان أبى كانا شريكين المستحق بقيمة أرضه والمشتري بقيمة بنائه أو غرسه وهذا المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف في أحياء الموات ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق كل واحد منهما بحق الآخر على وجه لا يمكن ازالته منه الا بالضرر وقدم مالك الارض لان ملكه أقدم ولان الأرض أثبت في الاصول الثابتة من البناء والشجر فاذا أبى لم يجبر على شراء ما لا يريد شراءه وعرض على الآخر أن يدفع اليه قيمة أرضه فان أبى الى ذلك واسع منه صاحب الارض أجبر على ذلك لضعف حجته من الاباءة عن تخليص الملك فان أبى المشتري أيضا اشتركا بهما لان هذا الحكم مبني على أن يجبر فيه على البيع اذا دعا اليه الآخر ولا يجبر على الشراء من أباه فلم يبق الا الشركة بينهما (فرع) فان دفع المشتري الى المستحق قيمة أرضه وأراد المستحق أخذ بقية الارض بالشفعة ففي المجموعة عن أشهب انه اختلف قول مالك فيه قال أشهب وليست أراه وجه نفي الشفعة ما احتج به أشهب من انه لم يأخذ بالشفعة حتى أخذ قيمة شقصه ومعنى ذلك ان الشفعة انما تثبت لنفي الضرر وقد خرج عن الشقص الذي كان يستحق الشفعة قبل الاخذ بالشفعة فلا شفعة له ووجه القول الثاني ان الشفعة قد ثبتت له بشراء المشتري وقد تقدم ملكه معه وبعد ذلك لا يسقط حقه من الشفعة وانما يعتبر في الاخذ بالشفعة وقت وجوبها وهو وقت شراء المشتري ويجيء على القول الاول أن الاعتبار بوقت الاخذ دون وقت الوجوب فان بيعه لحصته الى بهاستحق الشفعة ترك لشفعته لان الشفعة انما تثبت لازالة الضرر فاذا باع حصته من الملك لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفي الضرر عنه فكان بيعه لحصته يقتضي ترك الاخذ بالشفعة والله أعلم وأحكم (فرع) فان أبى المشتري من دفع قيمة الارض ورجعا الى الشركة فان كانت قيمة الارض مثل قيمة البناء فهما شريكان نصفان وهل تثبت بينهما الشفعة قال أشهب في المجموعة لا شفعة له في النصف الآخر وقال في كتاب الغصب لابن المواز تكون له الشفعة ما احاط به من البناء فيكون له نصفه أيضا ربع من الدار وربع قيمة البناء بعد أن يحسب على المشتري ربع قيمة النقض الذي هدم منقوضا ص ﴿ قال مالك من باع حصة من أرض أو دار مشتركة فلما علم ان صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشتري فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

* قال مالك من باع حصته من أرض أو دار مشتركة فلما علم أن صاحب الشفعة أخذ بالشفعة استقال المشتري فاقاله قال ليس ذلك له والشفيع

أحق بها بالثمن الذي كان باعها به * ش وهذا على حسب ما قال ومعنى ذلك أن الاقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة لان حق الشفيع قد وجب في الشقص المشترى وأثبت له الخيار في أخذه أو تركه فلم يكن للمشترى والبائع أن يسقطا حقه منه بالاقالة ولا بغيرها ولا خلاف ان للشفيع أن يأخذ بالبيع الاول وهل له أن يأخذ بالاقالة ويكون عهدته على المشترى أم لا مبنى على اختلاف قولهم في الاقالة هي بيع حادث أم نقض بيع فاذا قلنا انها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالاقالة وانما له أن يأخذ بالبيع الاول وتبطل الاقالة لما كانت مبطلة لحق الشفيع بعد وجوبه ولو ومن قولك قال مالك ولو سلم الشفعة صحت الاقالة وهو الذي قاله مالك في الموازية والمجموعة قال أشهب وهذا استحسان وقال مطرف وابن الماجشون في الواضحة ان رأى أن الاقالة كانت لقطع الشفعة فهي باطل وللشفيع الشفعة بالبيع وان رأى أنها على الصحة صحت الاقالة وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء واذا قلنا انها بيع حادث وهو الذي ذكره القاضي أبو محمد فان له أن يأخذ بالبيع الاول أو بالاقالة فيكون عهدته ان شاء على البائع وان شاء على المشترى مع التساوى في الثمن ولو كانت الاقالة بأقل من الثمن الاول أو أكثر فهو بيع حادث ولا خلاف فيه فله أن يأخذ بالاول أو الثاني أيهما شاء (مسئلة) وهذا اذا كانت الاقالة قبل تسليم الشفعة فان كانت بعد تسليم الشفعة ففي الموازية والواضحة لاشهب ومطرف وابن الماجشون فان الشفيع أن يأخذ بعهدة الاقالة وكذلك الشفعة في الشركة والتولية ووجه ذلك أن الاقالة بعد تسليم الشفعة بيع حادث فكان له أن يأخذ بالشفعة وان كان قد سلمها قبل الاقالة كما لو باع شريكه ثم سلم الشفعة ثم باع المشترى فان له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني والله أعلم

ص ﴿ قال مالك من اشترى شقصا في دار أو أرض وحيوانا وعروضا في صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعته في الدار والأرض فقال المشترى خذ ما اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعته في الدار أو الارض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شيء اشتراه من ذلك على حدته على الثمن الذي اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذي يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئا الا أن يشاء ذلك ﴾ ش معنى ذلك والله أعلم ان من اشترى شقصا من دار وأرض مما فيه الشفعة ومعه في الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العروض [illegible] يكون ذلك مما [illegible] الحائط [illegible] العاملة [illegible] أو يكون مما لا [illegible] فان كان من [illegible] في [illegible] عن سحنون ان ما [illegible] مع الحائط من [illegible] [illegible] الارض وفي الموازية والدواب والرقيق والآلة [illegible] الشفعة [illegible] على وجه البيع للحائط قال الا أن يكون انما اشترى [illegible] [illegible] أخرج [illegible] ذلك [illegible] على ما قال وانما يكون له حكم البيع اذا كان [illegible] [illegible] أو [illegible] أما [illegible] الحائط [illegible] فلا يكون [illegible] [illegible] عدم في المساقاة [illegible] ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان كان غير متعلق [illegible] [illegible] على الشقص والثوب [illegible] أصاب [illegible] [illegible] قال في [illegible] [illegible] علمه [illegible] الثمن [illegible] ذلك أن [illegible] [illegible] وأما أن [illegible] على [illegible] في طول [illegible] قال [illegible]

أحق بها بالثمن الذي كان باعها به * قال مالك من اشترى شقصا في دار أو أرض وحيوانا وعروضا في صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعته في الدار أو الارض فقال المشترى خذ ما اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعته في الدار أو الارض بحصتها من ذلك الثمن يقام كل شيء اشتراه من ذلك على حدته على الثمن الذي اشتراه ثم يأخذ الشفيع شفعته بالذي يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئا الا أن يشاء ذلك

لانه على حسب ما كان علمه من الخيار اذا عرف الثمن (مسئلة) ولو باع سقصا وقمحا بدنانير فلابد من تقويم الشقص والقمح قاله في الموازية مالك وابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه اذا انعقدت الصفقة عليهما فلا سبيل الى معرفة حصة الشقص الا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح فتقص الثمن عليهما ولو باع منه سقصا أو مائة درهم بدينار فلابد أيضا من تقويم الدراهم والشقص قال محمد وهذا على قول أشهب بمنع الصرف والبيع معا

(فصل) وقوله ولو قال المشترى خذها أشتريت جميعا فانما اشتريته جميعا فانه انما يأخذ ماله الشفعة فيه بانه لا يلزم ذلك الشفيع ولو اتفقا على ذلك لجاز وكان بيعا مستأنفا ولذلك قال مالك ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيأ الا أن يشاء ذلك ص ﴿ قال مالك ومن باع سقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبى بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبى أن يسلم أخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقي ﴾ ش معنى ذلك ان بعض الشفعاء اذا سلم الشفعة وأراد بعضهم الاخذ بها فان أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشترى أن يمنعه من ذلك لانه شفيع فلا يبعض عليه الشفعة للمشترى كما لو انفرد (مسئلة) فان أراد أن يأخذ بقدر حصته فلا يجوز أن يسوغه ذلك المشترى أو يمنعه منه فان سوغه ذلك جاز لان الحق في استيعاب الشفعة انما هو حق لهما وغير خارج عنهما فاذا رضيا بترك ذلك جاز كالبيع وان أبى المشترى من ذلك فعلى ما قال في الاصل لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك الاخذ بالشفعة لما على المشترى في أخذ الشفيع بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعيض صفقته وأخذ بعضها والزامه سائرها ص ﴿ قال مالك في نفر شركاء في دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بحصتي وأترك حصص شركائي حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة ﴾ قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاؤا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا أرى له شفعة ﴾ ش قوله في نفر شركاء في دار واحدة وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل المثل والدور مثلا ولا فرق بين الدار الواحدة في ذلك والدور الكثيرة ولو باع رجل حصته من دار أو دور لكان الشفيع انما يأخذها باسرها في الدار أو الدور أو يترك الكل وليس له أن يأخذ ما اشتراه من احدى الدور ويترك ما اشتراه من سائرها اذا كان شريكه في جميعها وكان المشترى اشترى ذلك في صفقة واحدة قاله ابن القاسم وأشهب في المجموعة ووجه ذلك ما قدمناه من مضرة تبعيض الصفقة ألا ترى ان من اشترى أرضا ثم استحق الكثير منها فان له رد سائرها لضرر الشركة الطارئة بالاستحقاق (مسئلة) ومن اشترى من رجلين سقصا من دار بثمن واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ حظ البائع دون الآخر قاله مالك في المدونة وقاله في غيرها ابن القاسم وأشهب وغيره ووجهه ان تبعيض صفقة المشترى لم يكن ذلك للشفيع كما لو اشترى من واحد (مسئلة) ولو اشترى ثلاثة رجال من ثلاثة رجال دارا أو أرضا صفقة واحدة فله ذلك كله رجل واحد ففي المدونة لابن القاسم انما له أن يأخذ ذلك كله أو يترك سواء اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد أو واحد من ثلاثة اذا كان في صفقة فأما شراء واحد من ثلاثة فظاهر وأما الشفيع فيما اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد فان كان ذلك على الاشاعة بينهم فسبيل أيضا وقد قال أشهب في الموازية والمجموعة الى أن قال في هذه المسئلة وقال ان له أخذ حصة أحدهم دون الباقين وان كان اشترى كل واحد منهم حظ رجل بانفراده

قال مالك ومن باع سقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبى بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبى أن يسلم أخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقي * قال مالك في نفر شركاء في دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا آخذ بحصتي وأترك حصص شركائي حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاؤا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا أرى له شفعة

بهذا أعلم وجه الصفقة لذلك ولا يظهر عندي فيه وجه لثبوت الشفعة لأنه ليس فيه تبعيض لصفقة أحدهم والله أعلم وأحكم وقد قال ابن القاسم في الموازية وغيرها في الرجلين يشتريان حصة رجل من أرض ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لأنه كرباه من اشترا كهما في المبيع والصفقة وقد قال أشهب له أن يأخذ حصة أحدهما قال محمد هو أحب إلينا وقاله سحنون (مسئلة) ولو بعت حظا من دارين من رجل واحد ولكل حظ شفيع فلكل واحد منهما أخذ ما هو شفيع فيه دون ما لا شفعة فيه بحصته من الثمن بينهما ثم يأخذ بالشفعة ولو أخذ بالشفعة قبل معرفة ما يصيب ما يأخذه من الثمن لكان أخذه باطلا قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك أنه ابتداء البيع بثمن مجهول وذلك غير جائز ومعنى ذلك عندي على مذهب من يرى الشفعة بيعا أن بيد الأخذ بالشفعة فيلزم الشفيع والمشتري وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة ولم يعرف الثمن فإنه ليس بأخذ لازم له وله الخيار إذا عرف الثمن ولكن له تأثير في أخذ الشفعة والله أعلم وأحكم

﴿ ما لا تقع فيه الشفعة ﴾

ص ﴿ قال مالك عن محمد بن عمارة عن أبي بكر بن حزم أن عثمان بن عفان قال إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل * قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا * قال مالك ولا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح * قال مالك والأمر عندنا أنه لا شفعة في عرصة دار صلح القسم فيها أو لم يصلح ﴾ ش قوله وإذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها على ما تقدم من أنه لا شفعة للجار لأن الحدود إذا ميزت حق كل واحد منهم بالقسمة فقد خرجوا عن حكم الشركة إلى حكم المجاورة والحديث الذي ورد أن الجار أحق بصقبه لأنه محمول على الشريك بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة وهذا واضح في ذلك

(فصل) وقوله ولا شفعة في بئر يريد والله أعلم بئرا لا أرض لها تابعة ولا ينقسم ماؤها وإنما هي بئر آبار الشفعة أو آبار سقي الأرض إلا أن الأرض قد قسمت دونها أو قسمت وفي المدونة عن مالك وابن القاسم شريكا الأرض والنخل ثم باع نصيبه من العين فلا شفعة فيه ولو لم يقاسمه النخل والأرض حتى باع نصيبه من العين لكان له الشفعة فيها ومعنى ذلك والله أعلم أن البئر والعين لما لم يكن فيهما شفعة بنفسهما فإذا كانت تابعة الشفعة حتى تكون تبعها مصروفة إليها وتكون صفقة من صفقاتها تبعتها بالشفعة وإذا لم تكن تبعا لها فلا شفعة فيها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وآبار النخل وعيونها على ضربين منها ما يكون عددا يحتمل القسمة ومنها الواحدة التي لا تحتمل القسمة فأما ما يحتمل القسمة ففي المجموعة والموازية في الأرض بين الرجلين لهما بئران أو عينان فاقتسما البئرين أو العينين خاصة فباع أحدهما نصيبه أو نصيبه وحصته الأرض فإن للشفيع الشفعة في الأرض دون البئر عاد نصيب الأرض من الثمن بقوم الأرض بلا بئر والبئر بلا أرض وقال في كتاب محمد ولو باع البئر دون أرض ولا شفعة فيها ووجه ذلك ما قدمناه أن المبيع مقسوم فلا شفعة فيه وأما إن كانت بئرا واحدة فلا يصح فيها قسمة ولا شفعة فيها إلا على قول من يرى الشفعة في الجملة الواحدة والشجرة الواحدة ولم أر أحدا من أصحابنا صرح بذلك وإن كان قياس ما قدمناه وإنما تكلموا على أن البئر إذا كانت الأرض تابعة على الإشاعة فالشفعة فيها وإن أفردت البئر وإن كانت أرضها مقسومة لا أرض لها فلم يجعلوا الشفعة إلا فيها على هذا القول وإنما جعلوا الشفعة فيما ثبت الأرض وصرف جميع مائه إليها وعلى هذا كان

﴿ ما لا تقع فيه الشفعة ﴾

* قال يحيى قال مالك عن محمد بن عمارة عن أبي بكر بن حزم أن عثمان بن عفان قال إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل * قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا * قال مالك ولا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح * قال مالك والأمر عندنا أنه لا شفعة في عرصة دار صلح القسم فيها أو لم يصلح

يجب أن لا تكون الشفعة في العدد الكثير فيها اذا لم تكن لها أرض وان احتمل القسمة واذا ثبتت الشفعة في الكثير فيها لأنها أصل بائن وجبت الشفعة في كثيرها اذا انفردت عن الأرض وفي الواحدة منها وان انفردت على قول من يرى الشفعة في الشجرة الواحدة ولا يرى الشفعة فيها على قول ابن القاسم الا اذا اتصلت بها من الارض ما يجب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد تكون العين الواحدة لا تحتمل رقبتها القسمة وتكون ماؤها تقسم بالقلد ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك ان الشفعة في مائها وان لم تكن ملاكها شركاء في الأرض التي تسقى بماء العين وأهل كل قلد يشفعون بسهم دون شركائهم وقال أشهب في المجموعة لا شفعة فيها اذا اقتسمت الارض وجه القول الاول ان هذا أصل ثابت يخرج منه عين من المنفعة مقصودة تتبع أصله بحرد العقد فتثبت فيه الشفعة كالثمرة ووجه قول أشهب يجوز ان يكون على قول من لا يرى الشفعة في الثمرة ويحتمل أن لا يجعل العيون والآبار مما تثبت فيه الشفعة لأن آحاده لا تحتمل القسمة كالارض التي لا تحتمل القسمة وانما تثبت فيها الشفعة على وجه التبع اذا كانت من صفات الأرض على ما تقدم

(فصل) وقوله ولا شفعة في فحل النخل يريد والله أعلم أن تكون نخلة واحدة يصلح الحائط بلقاحها فان كان الحائط مشتركا بين أرباب الفحل فحكمه حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة وان لم تكن مع النخلة من الفحل شيء لقح بها فحكمه حكم النخلة الواحدة وفي المواز عن مالك اذا قسم الحائط وبقي الفحل والنخلة ولا يقدر أن يقسم فليس في ذلك شفعة وقال ابن القاسم في المدونة لا شفعة في النخلة الواحدة لانها لا تنقسم ورواه ابن حبيب عن مطرف في الشجرة وقال ابن الماجشون فيها الشفعة لانها من الاصول الثابتة وبه قال أشهب وأصبغ وذلك مبني على اثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدار الصغيرة وما أشبه ذلك

(فصل) وقول مالك لا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح وقد قال في الموازية لا شفعة في طريق ولا عرصة وان صلح فيها القسم ومعنى ذلك أن الطريق والعرصة لا شفعة فيها لانها تابعة على الاشتراك في المنافع لمن صور رباعها ولذلك لم تثبت فيها شفعة كمجرى الماء وقال مالك في المدونة لا أرى أن يقسم مجرى الماء وقال ابن القاسم لا تقسم الطريق اذا أبى ذلك أحدهم وهذا مبني على الشفعة فيه على حسب ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما عرصة الدار ففي الموازية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك اذا اقتسمت البيوت وبقيت العرصة فباع أحدهم نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصة ووجه ذلك ما قدمناه من أن حكمها حكم الاتباع وقد خرجت من ان تكون تبعا للبيوت التي فيها الشفعة بقسمة البيوت ص ﴿ قال مالك في رجل اشترى شقصا من أرض مشتركة على أنه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع ان يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة ﴾ ش معنى ذلك أن البيع اذا كان على وجه اللزوم ثبتت فيه الشفعة لانه قد كمل وانتقل به البيع الى ملك المبتاع واذا كان على وجه الخيار فالبيع باق على ملك البائع ولا يثبت الشفعة حتى يثبت انتقاله الى ملك المبتاع قاله مالك وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري قاله ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان الخيار لأجنبي (مسئلة) ولو باع أحد الشركاء في مدة الخيار ففي الموازية من رواية أصبغ عن ابن القاسم ان من صار اليه الشقص بعد الخيار له الشفعة

قال مالك في رجل اشترى شقصا من أرض مشتركة على انه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة

فى بيع البتل سواء صار الى البائع أو المشترى ورواه ابن حبيب عن مطرف قال ابن المواز ذهب ابن القاسم الى أن الشفعة للبائع بالخيار فى بيع البتل بعد بيع الخيار أورد وقاله أصبغ وقال أشهب الشفعة لمبتاع البتل فيما بيع بالخيار وجه قول ابن القاسم ان هذا مبنى على أن البيع فى مدة الخيار من البائع فان تم البيع علم أنه قد استقل المبيع بعد البيع الى المشترى وان رد علم أنه كان باقيا على ملك البائع فبين بانعقاد البيع أورد مستحق الشفعة فى بيع البتل يوم العقد ووجه قول أصبغ انه مبنى على أن المبيع باق فى مدة الخيار على ملك البائع فهو أحق بالشفعة فان نفذ البيع بعد ذلك فانما هو بيع حاصل بعد وقوع البتل فالشفعة فى بيع البتل للبائع كما لو تقدم فيه الخيار وباع حصته بعد البيع وأما قول أشهب فمبنى على أن عقد الخيار قد منع البائع الشفعة لعقده فى حصته قد بيع البتل فلا شفعة له فاذا نفذ البيع بعد انقضاء مدة الخيار كان لمشترى البتل الشفعة فيما أخذ بعد ذلك من بيع الخيار (مسئلة) ولو سلم الشفيع شفعته فى مدة الخيار لم يبطل شفعته وكان له الاخذ بها اذا تم البيع من كتاب ابن المواز وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا ترك البائع بالخيار الاخذ بالشفعة فالشفعة لمشترى البتل بما بيع بالخيار لان بيع الخيار انما ينعقد يوم يختار وقاله أشهب وتحمل رواية ابن المواز على أن الشفيع فى بيع الخيار ليس له الاخذ ولا التسليم قبل لزوم العقد ومعنى قول ابن الماجشون أن البائع بالخيار ترك الأخذ بالشفعة الى وجب له بالبيع البتل مع بقاء ما باعه بالخيار على ملكه فان اسلمه [illegible] لزوم بيع الخيار أو بعد [illegible] المبتاع بالبتل [illegible] لزوم بيع الخيار فله أن أخذ بالشفعة مالم يرد فيه البيع بعده والله أعلم وقد اختلف مالك فى أصل بنى عليه هذه المسئلة وهو [illegible] وجبت له شفعة فباع نصيبه من ذلك الملك ففى كتاب ابن حبيب عن أشهب انه اختلف فى ذلك قول مالك [illegible] الى أن لا شفعة له بعد بيعه وبه أخذ ابن [illegible] أن باع الأول سبق له به أخرى لان أصل الشفعة لما يدخل من الضرر من [illegible] الواسع وخراب العامر وهذا ليس [illegible] ذلك [illegible] وما أظهره من علة الشفعة ليس بشئ لان [illegible] بالرد [illegible] ولا [illegible] وروى [illegible] عن ابن القاسم فى العبد اذا باع ولم يعلم به [illegible] الشفعة [illegible] على المبتاع وقال ابن المواز سواء باع [illegible] شريكه أو غير [illegible] وجبت له الشفعة [illegible] ([illegible]) [illegible] أو رد [illegible] أحد [illegible] قال أما [illegible] لا شفعة له [illegible] وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العبد [illegible] لا شفعة له [illegible] ان بعد [illegible] فالشفعة له [illegible] وجه قول أشهب أن المبتاع [illegible] لان [illegible] أن [illegible] على عهدته [illegible] الرد فلا [illegible] الشفعة له كالمبيع بالخيار [illegible] ولا [illegible] القاسم انه [illegible] على البيع [illegible] الى [illegible] المشترى [illegible] الشفعة كما لو [illegible] العيب (مسئلة) [illegible] أراد [illegible] بالبيع [illegible] المشترى وان أراد أن [illegible] بالرد [illegible] فان من أصحابنا من [illegible] الرد [illegible] أن [illegible] والله أعلم (فرع) قال [illegible] المواز [illegible] على المشترى قال القاضى أبو محمد [illegible] فعل [illegible] المشترى [illegible] وقال [illegible] على البائع [illegible] وقال [illegible] على [illegible] ووجه ذلك أن البيع يحصل فى ملك المشترى [illegible]

العقد اللازم وضمانه قبل القبض وبعده فيجب أن تكون عهدة الشفيع عليه لأن الملك إنما ينتقل عنه إليه (مسئلة) وإذا أفلس مبتاع الشقص فقال ابن القاسم الشفيع أحق به ويدفع الثمن إلى البائع ووجه ذلك أن البائع لا يكون أحق بعين ماله إلا مع عدم الثمن الذي له وقد تعلق حق الشفيع به بنفس ابتياع المفلس له فكان الشفيع أحق به وإذا رجع الشقص إلى بائعه فللشفيع الشفعة لأنه يأخذ بما قاله سحنون ووجه ذلك أن ارتجاع البائع لما باع عند فلس المفلس نقل المبيع من ملك المشتري ورده إلى ملك البائع فكان ذلك بمنزلة حكم المبيع وتجب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ولو سلم الشقص وأراد محاصة الغرماء بالثمن فباعه الإمام للغرماء ففي العتبية عن أشهب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك في الرجل يشتري أرضاً فتمكث في يديه حيناً ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً بميراث أن له الشفعة إن ثبت حقه وإن ما أغلت الأرض من غلة فهي للمشتري الأول إلى يوم يثبت حق الآخر لأنه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سيل قال فإن طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حيان فنسي أصل البيع والاشتراء لطول الزمان فإن الشفعة تقطع ويأخذ حقه الذي ثبت له وإن كان أمره على غير هذا الوجه في حداثة العهد وقربه وأنه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الأرض على قدر ما يرى أنه ثمنها فيصير ثمنها إلى ذلك ثم ينظر إلى ما زاد في الأرض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الأرض بثمن معلوم ثم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك ﴾ ش ومعنى هذا أن من اشترى أرضاً ثم استحق رجل بعضها بميراث أو غيره من ابتياع أقدم من ابتياع المستحق من يده أو غير ذلك من وجوه الاستحقاق المتقدمة فإن المستحق يقضى له بما استحق من الدار قال ويكون له أن يأخذ باقيها بالشفعة قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية ولو كان المبتاع قد رد ما بقي بيده من الدار إلى البائع لما استحق منه نصفها لكان للمستحق الأخذ بالشفعة ولا يبطل رد المبتاع ما بقي بيده إلى البائع ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أمد البيع وقد تعلق الحق بما بقي من مال المبتاع فثبت بذلك حق الشفعة للمستحق فلا يبطله رده إلى البائع كما لو أقاله ...

(فصل) وقوله إن ما أغلت الأرض من غلة فهي للمشتري ... ووجه ذلك أن ذلك كان ... ولو تلف جميعها أو ذلك ما فيها من غرس أو ذهب به سيل فوجب أن تكون الغلة له ... لا حكم للغلة مثل الثمرة وما لم يكن من حدث من الأصل وأما ما كان من حدث من الأصل مثل الولد فإنه مثل ولد الحيوان فله حكمه في الرد بالعيب والاستحقاق وقد تقدم ... وأما الأخذ بالاستحقاق فإن ... المشتري ... ولو قيل ... للمبتاع ... المشتري ... المشتري أو ... (مسئلة) ... المشتري ... ولو أراد ... لم يكن له ذلك ... المشتري ... أن يرجع على البائع بثمن ما ... ووجه ذلك ...

قال مالك في الرجل يشتري أرضاً فتمكث في يديه حيناً ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً بميراث إن له الشفعة إن ثبت حقه وإن ما أغلت الأرض من غلة فهي للمشتري الأول إلى يوم يثبت حق الآخر لأنه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سيل قال فإن طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حيان فنسي أصل البيع والاشترا لطول الزمان فإن الشفعة تنقطع ويأخذ حقه الذي ثبت له وإن كان أمره على غير هذا الوجه في حداثة العهد وقربه وأنه يرى أن البائع غيب الثمن وأخفاه ليقطع بذلك حق صاحب الشفعة قومت الأرض على قدر ما يرى أنه ثمنها فيصير ثمنها إلى ذلك ثم ينظر إلى ما زاد في الأرض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من ابتاع الأرض بثمن معلوم ثم بنى فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك

عليه ضمان لسلامته من التعدي (مسئلة) ولو أن المشتري وهب بعض الدار أو النخل بعد أن
قلعها لم يكن للمستحق أن يرجع بها عليه وإنما يرجع بها إن شاء على الموهوب له فيأخذ منه النقض إن
وجده عنده أو حصته من الثمن من البائع قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك ما قدمناه ولو تعدى
أجنبي فهدمها بعد المبتاع ثم استحقت لكان للمستحق أن يتبع المتعدي لأنه أتلف ماله على وجه
التعدي فكان له أن يضمنه سواء علم أنه له أو لم يعلم بذلك

(فصل) وقوله ولو طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حيان فنسي أصل
البيع لطول الزمان لطلب الشفعة ولم يبطل الاستحقاق يريد أن لطول الزمان تأثيرا في إبطال
الشفعة فإذا أتى من طول الزمان ما تنسى به الشهود ويبادوا لم يمض ذلك بالإشهاد على شهادتهم حتى
لم يمكن إثبات عن المشتري فإن الشفعة تبطل بثلاثة أوجه أحدها لطول الزمان فإن له تأثيرا في إبطال
الشفعة ولذلك قال إذا صح حضوره مع حضور الشفيع بطلت شفعته والثاني أن الطالب تركه
الطلب بها على وجه ما طلب بذلك ولم يصرف النظر إلى ذلك حتى طال الزمان ومست المدة إلى
أن لا يكاد يعرفه ويادوا [illegible] عن النظر في الطلب لجمعه فإن الظاهر تركه للشفعة ولهذا أثبتنا أثرا في إبطال
الشفعة ولهذا [illegible] من المدة دون ما بعد [illegible] ولتالف [illegible] لم [illegible] الثمن وجهل فإن له
تأثيرا في إبطال الشفعة وقد روى يحيى عن ابن القاسم في [illegible] يتصدق على أخيه بحصته من دار وقال
[illegible] من ورثه [illegible] لم [illegible] الثلاث الثمن لا يعرف [illegible] حضور لا بأس
[illegible] المشتري ولا إبطال وإن كان [illegible] لكان كالبيع [illegible]
الشفعة [illegible] وإن لم [illegible] من هذه الوجوه كان لها أثر في إبطال الشفعة على ما
لطول المدة أحوال منها أن يطول جدا حتى أتى من المدة ما تنسى به الشهود وتنسى الثمن فهذا يبطل
[illegible] والحاضر وما [illegible] الحاضر دون [illegible]
في [illegible] وما دون ذلك من المدة [illegible] في الحاضر [illegible]
ويكون له الأخذ بالشفعة [illegible] الثلاثة الأخذ بالشفعة دون [illegible]

(فصل) وقوله وإن كان [illegible] في غير ذلك ورأى أن [illegible] الشفعة [illegible] الشفعة
[illegible] الثمن [illegible] لا يقطع الشفعة وإنما يقطع [illegible]
[illegible] على كما [illegible] الشفعة
[illegible]

(فصل) [illegible] أن [illegible] الثمن
[illegible] الشقص لأنه لا يعرف [illegible] وكان [illegible] والشفعة [illegible]
[illegible] أحدها [illegible]
[illegible] قال مالك والشفعة ثابتة في مال
[illegible] فإن خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت [illegible] فليس عليهم
[illegible] والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي [illegible]
[illegible] فلما أرادوا أن [illegible]
[illegible] الذي كان الميت
[illegible]

قال مالك والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي فإن خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة

به وقد قال في المجموعة في ميت لحقه دين فباع عليه الإمام أرضه من أبيه فقال أحد الورثة بعد البيع أنا أؤدي من الدين بقدر ما علي وآخذ بقية نصيب شركائي بالشفعة فإن كان في بقية ما بيع من الأرض عام ذلك فله ذلك وإلا فلا شفعة له * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أنه إن أوفى ثمن الأرض بالدين فإن للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم ويتمسكوا بالأرض فإن لم يأخذ بعضهم فمن تمسك بحظه منها له الشفعة فيما سلم سائر الورثة لأنهم في الحقيقة بائعون وهو مشتر لك لهم فمن تمسك بحظه فله الشفعة فيما بيع من سهام سائر الورثة وإن قصر ثمن الأرض عن الدين فليس للورثة أن يخرجوا بقدر الثمن من أموالهم ويتمسكوا بالأرض فإنهم في ذلك كسائر الناس فإن زادوا على ما أعطى غيرهم بالأرض اشتروا الأرض وإن كان بعضهم زاد وامتنع بعضهم من ذلك فمن زاد منهم مشتر لا وارث فلا شفعة له مع من تركه من الشركاء من أجنبي أو وارث وإن لم يزيدوا على ما أعطى غيرهم فمن أعطى أولا ذلك الثمن فهو أحق به والورثة والأجنبيون في ذلك سواء وقال أشهب في الموازية والمجموعة في المتوفى يحيط الدين بماله ليس للغرماء أخذ شفعته وللورثة أخذها فإن أخذوها بمال الميت فللغرماء الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم وما بقي فللورثة فإن أخذوها بمالهم فإن كانت تساوي أكثر من الثمن بيعت ووفي بالفضل دينه وإن لم يبلغ إلا الثمن أو أقل لم يبع عليهم وقال ابن عبدوس عن سحنون لمالك فيها قول لم يقع عليه أشهب وكان يعجب به سحنون ويراه أصلا وقاله المغيرة قال سحنون قال مالك إذا أبى الورثة فقال لهم إن قضيتم الدين فلكم الشفعة لأن الميراث بعد الدين فإن أبوا وبيع ميراث الميت للدين فلا شفعة لهم لأن الشقص الذي تستشفع به قد بيع ولم يملكوه في مال ولا حازوا فيجعل الميت ليس بهم من تركه قال المغيرة وإذا أبى الورثة أن يقضوا الدين وأخذوا أن يباع المال فإن كان فيه فضل ورثوه فلا شفعة لهم ولا للغرماء لأن الغرماء لا يملكون الشقص الذي تستشفع به الشفعة وهذه المسألة وإن كان فيها معنى التفسير الذي قدمناه في المسائل كلها نظر لأن البيع ليس إلا أن يأخذ بالشفعة لبيعها وفي هذه المسألة أخذ الشقص بالشفعة إنما باع وقد قال أشهب في الموازية والمجموعة لو قال قائل ليس لمن أحاط به الدين شفعة لأنه إنما أخذ ليباع في دينه فما عسيته وقال سحنون إنما ذلك لأن الميت ليس بمحجور عليه يريد والله أعلم إنما باع عليه بالحكم ويوجد له من النية ما فيه الأصلح له في أداء دينه والله أعلم وأحكم (مسألة) وهذا الباب مبني على أن حق الشفعة موروث وبه قال الشافعي ومنع منه أبو حنيفة والدليل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم إنما الشفعة فيما لم يقسم وهذا عام ومن جهة المعنى أن هذا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فوجب أن ينتقل إلى الورثة كخيار الرد بالعيب (مسألة) ولو أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره فلا شفعة للورثة إذا كان الميت باع فقاله سحنون في العتبية والأظهر عندي في هذه المسألة ثبوت الشفعة لأن الموصى لهم وإن كانوا غير معينين فهم أشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار وقد روي ذلك عن ابن المواز والله أعلم

(فصل) وقوله فإن خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت فقسموه ثم باعوه ولا شفعة لهم فيه يريد أن يبيع الجزء من الدار بعد قسمه بعد أن يقوم بأنه يضر الشركة وانتفى ضرر الشفعة فيشتري المبتاع في الثلث من شريكه إذا عرف أن له شفعة بأخذ الشفعة لأنه إنما يشتري العرض لشرائه الاستيفاء العهدة عليه للشفيع والعهدة في الشراء إلا ... وعهدته عن أحدهما والأخرى عليه ويستوي من قبر ولا يجد إلا من يرجع بالثمن إن استحق الشقص يوما فيرتد في عين المقسوم

المبتاع لانه لايؤخذ منه بشفعة بل يسلم له ما اشترى ويسلم من ضرر الشركة والله أعلم ص ﴿ قال مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم ويقع فيه الحدود من الارض فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه ﴾ ش معنى ذلك والله أعلم ان ما ينقل و يحول من الحيوان والعروض لا شفعة فيه لما قدمناه من ان علة ثبوت الشفعة معدومة فيه وهذا في بيعها مفردة وأما اذا كانت تبعا لغيرها كالرقيق والدواب لعمارة الأرض والحائط ففي العتبية من رواية عيسى فيمن اشترى شقصا من حائط وفيه رقيق ودواب فليأخذه الشفيع مع رقيقه ودوابه اذا لم يكن للحائط منهم بد زاد في كتاب محمد ولو اقتسم الحائط أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة فلا شفعة لاحد فيه ووجه ذلك انهم بعض صفات الحائط لانه لا يكون على تلك الصفة الا بهم فهم منه على وجه التبع له (فرع) فاذا قلنا لهم أخذ ذلك بالشفعة فلو ان المشتري وجدهم أو باعهم فان للشفيع أخذ الحائط وما بقي بحصته من الثمن ولو ماتوا فله أن يأخذه بالشقص بجميع الثمن أو يترك ووجه ذلك أن الرقيق لما كانوا بعض صفات الاصل فان أتلف المشتري أعيانهم لزمته حصتهم من الثمن وان ماتوا لم يكن له أن يأخذ الباقي الا بجميع الثمن كما لو قطع النخل وباع جذوعها أو وهبها لزمه ان تسقط من الثمن وأخذ ما بقي بحصته منه ولو [illegible] الاصول أو احترقت لم يكن له أن يأخذ الباقي الا بجميع الثمن والله أعلم (مسئلة) والنخل والنقض [illegible] الشفعة اذا كان على حكم التبعية لانه من الاصول الثابتة فاذا بيع [illegible] على [illegible] فلا شفعة فيه [illegible] ان القاسم في الموازية والمجموعة فيمن ابتاع نقضا على القلع [illegible] بعد ذلك فأمر باقيه رجل نصف ذلك كله فان له أن يأخذ نصف ذلك بالشفعة [illegible] قال [illegible] وان هذا رجع ابن القاسم وقال سحنون وان [illegible] القاسم فيمن اشترى نقض دار [illegible] اشترى العرصة أو اشترى العرصة ثم اشترى النقض وانما هو رجل نصف الدار [illegible] ونصف النقض [illegible] وانكره سحنون وطرحه [illegible] وقال أشهب الشفعة في الارض دون النخل والبناء قال أصبغ [illegible]

[illegible] الحدود من الأرض [illegible] بالحدود وذلك مما [illegible] المذكور ولا [illegible] وهذا على ضربين [illegible] كالذي ذكره من [illegible] وان [illegible] العروض الذي ينقل ويحول ولا [illegible] الشفعة [illegible] وروي اثبات الشفعة فيه عن ابن ابي ليلى [illegible] الا انه لا ينقسم بالحدود الا بضرر كالحمام والدار [illegible] الارض التي [illegible] أحد الشركاء أو بعضهم الا ما لا [illegible] الى السلطان [illegible] الى السلطان [illegible] المشتري [illegible] الاحت [illegible] لان المشتري [illegible]

قال مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء من الحيوان ولا في ثوب ولا في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح انه ينقسم ويقع فيه الحدود من الارض وأما ما لا [illegible] فيه القسم فلا شفعة فيه

قال مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان [illegible] وما أن [illegible] السلطان [illegible] الى السلطان [illegible] طال زمانه ثم جاء واسوق [illegible]

الى التصرف فيما اشتراه بالبناء والهدم والاصلاح حتى طال عليه بقاء الشفيع عدم حكم الخيار وجوز أن يأخذ وان يترك أصدر ذلك به ولا يقطع خيار الشفيع معجلا الا بعد ذكره من رفعه الى السلطان وتعجيل الحكم له أو عليه (مسئلة) فاذا رفعه المشتري الى السلطان ليقطع خياره لم يعجل أن يكون المالك حاضرا أو غائبا فان كان حاضرا وسأل أن يؤخر اليوم أو اليومين أو الثلاثة حتى يرى رأيه فليس ذلك له وليعجل الأخذ أو الترك في مقامه أو يسلم الحكم الى المشتري هذا الذي ذكره في كتاب ابن المواز وهو لأشهب في المجموعة وقال غيره اذا طلب الشفيع عند الامام الشفعة كلف الامام المبتاع اثبات شرائه فاذا ثبت أجله ليعد ما سمي من الثمن وما أعلى شيأ غيره ثم قيل للشفيع خذ أو سلم ولا تبرح من المجلس حتى تأخذ أو تسلم وقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم يؤخره السلطان اليوم واليومين والثلاثة لينظر ويستخير ووجه ذلك انه خيار يضر بالمبتاع فليس للشفيع استدامته (مسئلة) ولو كان المالك غائبا فقال الشفيع أخرني أنظر اليه فان كانت غيبته القائل بعيدة فقد قال مالك في العتبية من رواية أشهب عن مالك ليس له ذلك قال ابن المواز شراء المشتري بغير الشفيع عن التطويل المشتري انما اشترى على صفة أو عيان ولو كانت غيبته المالك قريبة كالساعة من النهار أخر لينظر اليه لانه ليس في ذلك ضرر على المبتاع لقرب المسافة (مسئلة) فاذا وقف الشفيع فترك الشفعة بطلت شفعته ولم يكن له القيام بها بعد هذا وان أخذ الشفعة وطلب أن يؤجل بالثمن ضرب له الامام في ذلك أجلا لا يؤمن أو ثلاثة وان لم يضرب له أجلا فلا شئ له وقال مالك رأيت القضاة يؤخرونه هكذا ودرأيت من ابن الماجشون انه يؤخر عشرة أيام ونحوها وعن أصبغ يؤخر بقدر قلة المال وكثرته وبقدر عسره ويسره وأقصى ذلك شهر ثم لا أدري ما وراء ذلك (مسئلة) ولو أخذ الشفيع بالشفعة لم [illegible] ثم بدا له وأبى المشتري أن [illegible] فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية ان ذلك لازم له الا أن رضي المبتاع أن يقيله ووجه ذلك ان الاخذ بالشفعة بعد [illegible] كالبيع الجديد (مسئلة) وهذا كله اذا سوانا أو [illegible] لكم وأما لو أوقفه غير الحاكم [illegible] فانه على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك هو قاله ابن المواز ووجه ذلك ان الشفعة [illegible] الى الحكم عليه بابطال شفعته فذلك لا يكون الا بعد حكم من يتولى [illegible] فان أوقفه من لا ولاية له [illegible] لم يلزم حكمه في هذا كما لا يلزمه في غير ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو ساومه [illegible] في الشقص أو اكتراه منه أو ساقاه اياه قال ابن القاسم في المواز [illegible] علم للشفعة [illegible] قال أشهب لا يضره ذلك وهو على شفعته كما لو فعل ذلك بمحضره مع علمه لم يبطل [illegible] على انه لو قام فطلبت بذلك شفعته والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

ص ﴿ حدثني يحيى عن مالك أنه قال الامر المجتمع عليه عندنا والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في فرائض المواريث أن ميراث الولد من والدهم او والدتهم [illegible] الى الاب او الام وتركا اولادا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر بدئ بفريضة من شركهم وكان ما بقي [illegible]

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أنه قال الامر المجتمع عليه عندنا والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في فرائض المواريث ان ميراث الولد من والدهم أو والدتهم انه اذا توفي الاب أو الام وتركا ولدا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر بدئ بفريضة من شركهم وكان ما بقي [illegible]

ذلك بينهم على قدر مواريثهم ﴾ ش وهذا كما قال ان ميراث الولد من الأبوين على ضربين أحدهما
أن يرثوا بالتعصيب وهو أن يكون الولد رجالا ونساء والثاني أن يرثوا بالفرض وهو أن يكن نساء فان
ورثوا بالتعصيب وكانوا رجالا فالميراث بينهم بالسوية لتساويهم في سبب استحقاقهم وصفتهم في أنفسهم
وان كانوا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ٭ والأصل في ذلك قول الله عز وجل يوصيكم الله في
أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وأما ان ورث البنات بالفرض لانفرادهن فلا يخلو أن يكن
واحدة أو أكثر من ذلك فان كانت واحدة فلها النصف ٭ والدليل على ذلك قول الله تعالى فان كانت
واحدة فلها النصف وان كن اثنتين فالذي عليه جماعة الصحابة ومن بعدهم ان فرض البنتين فما زاد
الثلثان وروي عن ابن عباس أنه قال فرضهما النصف ولم يثبت ذلك عنه والدليل على صحة هذا
القول الاجماع على خلافه ودليلنا من جهة المعنى ان كل نوع من النساء فرض واحدة منهن النصف
فان فرض الثنتين منهن الثلثان أصل ذلك الاخوات (مسئلة) فان كان مع البنت أو البنات ذو
فرض أو عصبة فتسمو باقي المال دفع اليه وان لم تكن ذلك دفع باقي التركة الى بيت مال المسلمين ولم
يرد على البنات ولا على ذي فرض وبه قال زيد بن ثابت وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار
ومالك والشافعي وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والمشهور عنه انه كان يرد ما فضل عن
ذوي الفروض على ذوي السهام من ذوي الارحام وبه قال علي بن أبي طالب وهو قول أبي حنيفة
والثوري وأحمد الا ان ابن مسعود لم يرد على أربع مع أربع لم يرد على ابنة الابن مع ابنة الصلب ولا على
الاخت للاب مع الاخت للاب والأم ولا على ولد الام مع الام ولا على الجدة مع ذوي الارحام فاذا رد
عن الاربعة رد عليهن وأجمعوا على انه لا رد على زوج ولا زوجة والدليل على صحة القول الاول قول
الله عز وجل فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله
أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ووجه الدليل من الآية أن الله تعالى جعل للاخت
النصف وأبو حنيفة يجعل لها الكل ووجه آخر ان البارئ جل وعز فرق بين الاخ والاخت
وأبو حنيفة يجعل حكمهما واحدا ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذو سهم لا عصبة له فلم يرد عليه
كالزوج والزوجة
(فصل) وقوله فان شركهم أحد بتسمية ما وكان فيهم ذكر بدئ بالولد بدئ بمن
شركهم يريد أن البنات اذا كان معهن ابن ذكر فانهم يرثون بالتعصيب واشركهم من له فرض
كأحد الابوين أو الزوج بدئ بفرضه ثم شركهم لان الابن ينقلهن من الفرض الى حكم
التعصيب فوجب تقديم الفروض والأصل في ذلك ما روي ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر وأولى بذلك البنات لكن من أصحاب
الفرائض بدأ كما بدأ بمن فان ... الفرائض المال والادخال ... فاتفقوا في قول جميع
الصحابة الا ما روي عن ابن عباس (مسئلة) انما ... معلوم هذا الفصل ... ان
احداهما في ان ... من الرجال والنساء وانما ... في مال الميت ... الاولى
فان من يرث من الرجال عشرة ... الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد ... والاخ وابن
الاخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة ومن النساء سبع ... البنت وابنة الابن وان سفلت
والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة وأما الفرائض المقدرة المذكورة في كتاب الله
عز وجل فستة النصف ونصف النصف ونصف الربع والثلثان والثلث ونصف الثلث

ذلك بينهم على قدر مواريثهم

وهو الثلث ونصف الثلث وهو السدس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالنصف فرض خمسة الابنة وبنت الابن اذا لم يكن بنت والاخت للاب والأم والاخت للاب اذا لم تكن أخت لأب وأم والزوج اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والربع فرض اثنين الزوج اذا كان له ولد أو ولد ابن والزوجة اذا لم يكن لها زوجها ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والثلثان فرض كل اثنين فصاعدا ممن فرضه النصف وهو كل اثنين فصاعدا من البنات وبنات الابن والأخوات للاب والأم والاخوات للاب (مسئلة) والثلث فرض الأم اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن ولا اثنان من الاخوة أو الاخوات ويفرض في العراوين وهما زوج وأبوان أو زوجة وأبوان للام ثلث ما بقي بعد فرض الزوج أو الزوجة والثلث فرض كل اثنين فصاعدا من الاخوة والاخوات للام (مسئلة) والسدس فرض سبعة لكل واحد من الابوين مع الولد وفرض الأم مع الاثنين فصاعدا من الاخوة والاخوات وفرض الجدات وفرض بنات الابن مع الابنة للصلب تكملة الثلثين وفرض الاخوات للاب مع الاخت للاب والام تكملة الثلثين وفرض الأخ أو الاخت للام وفرض الجد مع الولد وله فروض مختلفة نذكرها في بابها ان شاء الله

ص ﴿ قال مالك ومن له ولد الأبناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون ﴾ ش وهذا كما قال ان ولد الابن عند عدم الولد بمنزلة الولد لأنثاهم النصف وللاثنين منهما فصاعدا الثلثان وللذكر اذا انفرد جميع المال وذكرهم يعصب أختهم فيكون لهما جميعا المال للذكر مثل حظ الانثيين فهذا في الميراث فأما في الحجب فهم أيضا بمنزلة الولد للصلب في الحجب وذلك ان حجب الولد وولد الولد على ضربين حجب هو منع من الميراث جملة وحجب هو رد من فرض الى فرض فأما منع الميراث جملة فان الابن يمنع الميراث ولد الابن والاخوة للاب والام والاخوات للاب والاخوة للام ويمنع الميراث كل عصبة لا فرض له من الاعمام وبني العم وبني الاخ وذلك ان كل من ورث بسبب فانه يسقط من كان أبعد منه ممن يرث بذلك السبب ويسقط من كان أضعف حالا منه في ذلك السبب وان كان الترب سواء فأما الأول فان الاخ يسقط ولد الاخ وهما يدليان بالاخوة والأخ أقرب من ابن الاخ والاب يسقط الجد لانهما يرثان بالابوة والاب أقربهما وسنذكر الجد بعد هذا ان شاء الله تعالى واذا استكمل البنات الثلثين سقط ميراث بنات الابن الا أن يكون معهن أو أسفل منهن ابن يعصبهن واذا استكمل الاخوات للاب والام الثلثين سقط الاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لهن يعصبهن وقد ذكرنا حجب العصبات بعد هذا

(فصل) واما الحجب عن بعض الفرض والرد من فرض الى فرض فان الولد وولد الولد يرد الزوج الى الربع والزوجة الى الثمن والام الى السدس والابن أو ابن الابن يرد الاب والجد الى السدس والابنة وبنات الابن من الثلث الى السدس ويردون الاب من النصف الى السدس والاخ للاب والام والاخت للاب والام يرد الاخوات للاب من الثلثين الى السدس والاخوة والاخوات فاكثر ذكورا كانوا أو اناثا يردان الام من الثلث الى السدس ويرد الاخت للاب والام الاخت للاب من النصف الى السدس

ص ﴿ قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في الولد للصلب ذكر فانه لا ميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانتا اثنتين فأكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الا أن يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من بمنزلته ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقسمونه بينهم للذكر مثل حظ

* قال مالك ومن له ولد الابناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كانثاهم يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون * قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في الولد للصلب ذكر فانه لا ميراث معه لاحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانتا اثنتين فاكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الا أن يكون مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من بمنزلته ومن هو فوقه من بنات الابناء فضلا ان فضل فيقسمونه بينهم للذكر مثل حظ

الأنثيين فإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم وإن لم يكن الولد للصلب إلا ابنة واحدة فلها النصف ولابنة ابنه
واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الأبناء ممن هو من المتوفى بمنزله واحدة السدس فإن كان مع
بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن فلا فريضة ولا سدس لهن ولكن إن فضل بعد فرائض أهل
الفرائض فضل فإن ذلك الفضل لذلك الذكر ولمن هو بمنزلته ومن فوقه من بنات الأبناء للذكر مثل
حظ الأنثيين وليس لمن هو أطرف منهم شيء فإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم وذلك أن الله قال في كتابه
يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت
واحدة فلها النصف قال مالك الأطرف هو الأبعد ﴾ ش وهذا كما قال إنه لا ميراث لابن الابن مع
الابن لأنه أقرب بنسبه إلى الميت وهما يدليان بالبنوة ولأن ابن الابن يدلي بالابن ومن يدلي بعاصب
[illegible] عدم الابن وكانت [illegible] واحدة فإن لابنة الابن [illegible] تكملة الثلثين لأنه
[illegible] الابن [illegible]
[illegible] أولى [illegible]
[illegible] روي عن أبي موسى وسلمان بن ربيعة أن [illegible] والباقي
للأخت ولا حق في ذلك لبنت الابن وقد روي عن أبي موسى [illegible] عن هذا القول وذلك
[illegible] سئل أبو موسى عن [illegible] وأخت فقال للبنت النصف وللأخت
[illegible] ابن مسعود [illegible] وسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبي موسى [illegible] لقد ضللت إذا
وما أنا من المهتدين [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] ولابنة الابن
[illegible]

الأنثيين فإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم وإن لم يكن الولد للصلب إلا ابنة واحدة فلها النصف ولابنة ابنه واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الأبناء ممن هو من المتوفى بمنزله واحدة السدس فإن كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلتهن فلا فريضة ولا سدس لهن ولكن إن فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فإن ذلك الفضل لذلك الذكر ولمن هو بمنزلته ومن فوقه من بنات الأبناء للذكر [illegible]

﴿ ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها ﴾

ص ﴿ قال مالك وميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن منه أو من غيره النصف فإن تركت ولداً أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى فلزوجها الربع من بعد وصية توصي بها أو دين، وميراث المرأة من زوجها إن لم يترك ولداً ولا ولد ابن الربع فإن ترك ولداً أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى فلامرأته الثمن من بعد وصية يوصي بها أو دين وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾ ش وهذا كما قال وذلك أن فرض الزوج النصف ويحجبه الولد وولد الابن إلى الربع وأكمل فروض الزوجة الربع ويردها الولد وولد الابن إلى الثمن والأصل في تلك الآية المتقدمة فإن كانت الزوجة واحدة فهذا حكمها وإن كن اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً فحكمهن في ذلك حكم الزوجة الواحدة لهن الربع دون الولد وولد الابن ولهن الثمن مع الولد وولد الابن يقتسمن ذلك على السواء ولا ينقص الزوج أو الزوجات من الثمن إلا أن ينقصهن العول مثل أن يترك المتوفى زوجة وأبوين وابنتين فإن أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية وذلك أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ميراث الزوجة من هذه المسألة وهو يخطب على المنبر فقال عاد ثمنها تسعاً ومضى في خطبته

﴿ ميراث الأب والأم من ولدهما ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته أنه إن ترك المتوفى ولداً أو ولد ابن ذكراً فإنه يفرض للأب السدس فريضة فإن لم يترك المتوفى ولداً ولا ولد ابن ذكراً فإنه يبدأ بمن شرك الأب من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فإن فضل من المال السدس فما فوقه كان للأب وإن لم يفضل عنهم السدس فما فوقه فرض للأب السدس فريضة ﴾ ش وهذا كما قال إن ميراث الأب من ابنه أو ابنته [illegible] أحد [illegible] الاستواء [illegible] [illegible] فإن [illegible] السدس [illegible] فرضاً [illegible] ما فوق [illegible] [illegible] أكثر وإن [illegible] واحد [illegible] [illegible] الميراث [illegible] الفرض [illegible] بالتعصيب [illegible] ميراث الأم [illegible] أولاد [illegible]

ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن منه أو من غيره النصف فإن تركت ولداً أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى فلزوجها الربع من بعد وصية توصي بها أو دين وميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك ولداً ولا ولد ابن الربع فإن ترك ولداً أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى فلامرأته الثمن من بعد وصية يوصي بها أو دين وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين

﴿ ميراث الأب والأم من ولدهما ﴾

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته أنه إن ترك المتوفى ولداً أو ولد ابن ذكراً فإنه يفرض للأب السدس فريضة فإن لم يترك المتوفى ولداً ولا ولد ابن ذكراً فإنه يبدأ بمن شرك الأب من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فإن فضل من المال السدس فما فوقه كان للأب [illegible]

المتوفى ولداً أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى أو ترك من الاخوة اثنين فصاعداً ذكوراً كانوا أو اناثاً من أب وأم أو من أب أو من أم فالسدس لها وان لم يترك المتوفى ولداً ولا ولد ابن ولا اثنين من الاخوة فصاعداً فان للام الثلث كاملاً الا في فريضتين فقط واحدى الفريضتين أن يتوفى رجل ويترك امرأته وأبويه فلامرأته الربع ولامه الثلث مما بقي وهو الربع من رأس المال والاخرى أن تتوفى امرأة وتترك زوجها وأبويها فيكون لزوجها النصف ولامها الثلث مما بقي وهو السدس من رأس المال وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولابويه لكل واحد منهما السدس

المتوفى ولداً أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى أو ترك من الاخوة اثنين فصاعداً ذكوراً كانوا أو اناثاً من أب وأم أو من أب أو من أم فالسدس لها وان لم يترك المتوفى ولداً ولا ولداً ولا ولد ابن ولا اثنين من الاخوة فصاعداً فان للام الثلث كاملاً الا في فريضتين فقط واحدى الفريضتين أن يتوفى رجل ويترك امرأته وأبويه فلامرأته الربع ولامه الثلث مما بقي وهو الربع من رأس المال والاخرى أن تتوفى امرأة وتترك زوجها وأبويها فيكون لزوجها النصف ولامها الثلث مما بقي وهو السدس من رأس المال وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس فمضت السنة أن الاخوة اثنان فصاعداً [illegible] وهذا كما قال ان ميراث الام من ابنها على ثلاثة أوجه على مذهب مالك وجمهور الفقهاء أحدها الفرض وهو على ضربين الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الاخوة فصاعداً فأما مع وجود أحد ممن ذكرناه ففرضها السدس وروي عن ابن عباس أنه لا يحجب الأم من الثلث الى السدس الا الثلاثة من الاخوة فصاعداً والدليل على ما ذهب اليه الجمهور قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس ولفظ الاخوة واقع على الاثنين فرائداً [illegible] الجمع اثنان

(مسئلة) وسواء كان الولد أو ولد الابن ذكراً أو أنثى أو كان الاخوان لاب وأم أو لاب أو لام أو متفرقين أحدهما للاب والآخر للام فان كل ذلك يرد الام من الثلث الى السدس والاصل في ذلك قوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس (مسئلة) ولو أن مجوسياً تزوج ابنته فولدت منه ولدان [illegible] الام بالولدين [illegible] أحد الولدين في العتبية للام السدس [illegible] أمه ترثه [illegible] أخاه [illegible] الام [illegible] سهامها من الثلث الى السدس [illegible] الام الى الثلث

(فصل) وقوله الا في فريضتين فقط [illegible] الام في الفرض [illegible] على ما تقدم من ذكرنا [illegible] من الفريضتين ولا [illegible] واحدة منهما [illegible] وهما زوج وأبوان وزوجة وأبوان وهما الغراوان فان مالكاً وجماعة الفقهاء [illegible] للام في [illegible] الثلث [illegible] على الام [illegible] من الثلث الى السدس [illegible] لان [illegible] من الثلث الى السدس [illegible] قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث وهذا [illegible] رأبوان دخل [illegible] أن يكون للأم الثلث مما بقي بعد السهم [illegible] (مسئلة) [illegible] ذلك فان الفريضتين تكون على ثلاثة أوجه أحدها [illegible] فان [illegible] أربعة للزوج الربع وللام ثلث ما بقي وللأب النصف والوجه الثاني رجل [illegible] وأبوان [illegible] من أربعة على [illegible] والرد [illegible] امرأة [illegible] وأبواها [illegible] الزوج النصف [illegible] وهو [illegible] أخوان [illegible] في المسئلة الاولى اذا كان مع الاب [illegible] الفريضة [illegible] السدس [illegible] الباقي لان [illegible] المال السدس والله [illegible] ولا [illegible] ورث أما

وحدا ولزوجة لكانت الفريضة أيضاً من اثنى عشر للزوجة الربع ثلاثة وللأم الثلث أربعة وما بقى للجد ولو ترك أماً وجدة وزوجة لكانت الفريضة من اثنى عشر للزوجة الربع ثلاثة وللجدة السدس سهمان والباقى للأب ولو توفيت امرأة وتركت زوجاً وأماً وجداً لكانت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم الثلث سهمان وللجد سهم ولو توفيت امرأة وتركت زوجاً وأماً وجدة لكانت الفريضة من اثنى عشر للزوج النصف ستة أسهم وللجدة السدس وللأب ما بقى والله أعلم

(فصل) وقوله مضت السنة أن الإخوة اثنان فصاعداً يريد أن الإخوة فى قول الله عز وجل فإن كان له إخوة فلأمه السدس يتناول لفظ الإخوة الأخوين فصاعداً فأما على ما ذكر القاضى أبو بكر من مذهب مالك أن أقل الجمع اثنان فإن لفظ الإخوة يتناول الاثنين فما زاد لغة وشرعاً فإذا قلنا إن أقل الجمع ثلاثة فإن هذا الحكم ثبت فى الاثنين بالقياس إذ كل حكم تعلق بالإخوة فإنه يتعلق بالاثنين منهم كتعلق فرض الإخوة للأم من الثلث إلى السدس وقد روى عن ابن عباس أنه قال لعثمان أليس الأخوان بإخوة فى لسان قومك فقال عثمان لا أستطيع أن أغير أمراً قد مضى وهذا يقتضى أنه فى بعض اللغات دون بعض الأئمة من مضى أحد فى ذلك باللغة التى يتناول فيها لفظ الإخوة للأخوين والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الإخوة للأم ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الإخوة للأم لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الأبناء ذكراناً كانوا أو إناثاً شيئاً ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أبى الأب شيئاً وأنهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكراً كان أو أنثى فإن كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث يقتسمونه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الأنثى وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه العزيز وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث فكان الذكر والأنثى فى هذا بمنزلة واحدة ﴾

ش وهذا كما قال إن الإخوة للأم لا يرثون مع وارث من الولد ذكورهم وإناثهم وولد الابن لا يرثون مع وارث من الأب والأجداد ويرثون مع غيرهم من الأم والجدات وسائر الورثة بالفرض دون التعصيب لأنهم يستمدون ذلك من الأم وليست من أهل التعصيب وفرض الواحد منهم السدس لا ينقص من ذلك إلا بالعول وفرض الاثنين فصاعداً الثلث ذكرهم وإناثهم فى ذلك كله سواء والأصل فى ذلك قول الله عز وجل وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وقد روى عن سعد أنه قرأ وله أخ أو أخت من أم ولا مخالف له فثبت أنه قرآن فقال وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فسوى فى ذلك بين الأخ والأخت ثم قال تبارك وتعالى فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث فوجب أن يرجع الضمير إلى الذكور والإناث وذلك يقتضى تساويهم فى الثلث لأن ذلك مقتضى ظاهر الاشتراك فى الثلث وأيضاً فإنما سوى بين ذكرهم وأنثاهم لأنهم يدلون بالأم وهى أنثى ولا يستوى عند الإسراء فى الميراث والله أعلم (فرع) وفى كتاب ابن سحنون أن يحيى بن سعيد قال إنه رضى فى صبى مولود أمه متزوجة ولا يعلم وجهها أن يطأها حتى يتبين أنها حامل أو لا لكان المراد الاستبراء أن كانت حاملاً ورث أخاه لأمه ... وقال أشهب لا يعزل عنها وله وطؤها فإن وضعت لدون ستة أشهر ... أحاديث وصححه ... لم يرثه لأنه يعزل عنها ... أن يطأها ويتبين ... والله أعلم

﴿ باب الإخوة للأم ﴾
قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الإخوة للأم لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الأبناء ذكراناً كانوا أو إناثاً شيئاً ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أبى الأب شيئاً وأنهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكراً كان أو أنثى فإن كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث يقتسمونه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الأنثى وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث فكان الذكر والأنثى فى هذا بمنزلة واحدة

تكن حملها ظاهرا يوم مات الميت ولو كان حملها ظاهرا لورث أخاه وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر أو تسعة أو أكثر من ذلك وكذلك إن كان زوجها غائبا غيبة بعيدة لا يتهيأ له الوصول إليها فإنه يرث أخاه وإن ولدته لأكثر من تسعة أشهر والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للأم والأب ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الإخوة للأب والأم لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الابن الذكر شيئا ولا مع الأب دنيا شيئا وهم يرثون مع البنات وبنات الأبناء ما لم يترك المتوفى جدا أبا أب ما فضل من المال يكونون فيه عصبة يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فإن فضل بعد ذلك فضل كان للإخوة للأب والأم يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو إناثا للذكر مثل حظ الأنثيين فإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ﴾ ش وهذا كما قال إن الإخوة للأب والأم لا يرثون مع الابن ولا مع ابن الابن ولا مع الأب شيئا وذلك أنهم إنما يرثون بالتعصيب ويدلون بالأب فلا يرثون معه بالتعصيب وتعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة بدليل أن تعصيب الابن يسقط ميراث الأب بالتعصيب فإذا كان الأخ لا يرث مع الأب فأن لا يرث مع الابن الذي هو أقوى تعصيبا منه أولى وإناث الإخوة وإن كن [illegible] فإذا كان ذكورهم محجوبين بالأب والابن وابن الابن [illegible] فإناثهم أولى وأحرى

(فصل) وقوله وهم يرثون مع البنات وبنات الابن ما لم يترك المتوفى أبا أب ما فضل من المال يكونون [illegible]

الموطأ الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الابن الذكر شيئا ولا مع الأب دنيا شيئا وهم يرثون مع البنات وبنات الأبناء ما لم يترك المتوفى جدا أبا أب ما فضل من المال يكونون فيه عصبة يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فإن فضل بعد ذلك فضل كان للإخوة للأب والأم يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو إناثا للذكر مثل حظ الأنثيين فإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم وإن لم يترك المتوفى أبا ولا جدا أبا أب ولا ولدا ولا ولد ولد ذكرا كان أو أنثى [illegible]

الفريضة مع بني الأم في ثلثهم فيكون للذكر مثل حظ الأنثى من أجل أنهم كلهم إخوة المتوفى لأمه وإنما ورثوا بالأم وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فلذلك شركوا في هذه الفريضة لأنهم كلهم إخوة المتوفى لأمه * ش وهذا كما قال إنه إذا كان مع الأخوات أخ فإنهن يرثن بالتعصيب ما فضل عن الفروض ولا يرثن بالفرض لأن حكم التعصيب قد غلب عليهن فصار ذلك حكمهن ولا خلاف في ذلك إلا في المسألة التي ذكرها وهي المسألة التي تسمى المشتركة لتشريك الإخوة للأب والأم مع الإخوة للأم في الثلث وتسمى الحمارية لأن الإخوة للأب والأم قالوا هب أن أبانا كان حمارا على وجه الإنكار عن تساوي الإخوة للأب والأم والإخوة للأم في الأولى بالإرث وهذا مذهب مالك والشافعي وأما أبو حنيفة فجعل الثلث للإخوة للأم دون الإخوة للأب والأم حين لم تبق لهم الفرائض شيئا واختلف في ذلك عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وقال عمر حين قضى في العام الأول فلم يشرك وقضى في العام الثاني فشرك تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي وقال وكيع اختلف فيها عن جميع الصحابة إلا عن علي فإنه لم يختلف عنه أنه لم يشرك بينهما واستدل من قال بالتشريك بما استدل به مالك من قول الله تبارك وتعالى وإن كان رجل يورث كلالة الآية قال مالك فلذلك شركوا في هذه الفريضة لأنهم كلهم إخوة للمتوفى لأمه ووجه ذلك أن جميع الإخوة لا يخرج الإخوة للأب والأم بما تقدم المتوفى بالأب عن أن يكونوا إخوة لأمه فيحمل الآية على عمومها في كل أخ لأم سواء كان أخا لأب أو لم يكن والأب لا [illegible] كذا ومن جهة القياس أن هذه فريضة فيها إخوة لأم وإخوة لأب وأم لو انفرد أحدهما لورث فإذا ورث الأخ من الأم وجب أن يرث الأخ من الأب والأم أصل ذلك إذا لم يكن في الفريضة أم وعندي أن دليل التشريك أقيس وأظهر والله أعلم وأحكم (مسألة) إذا ثبت ذلك فإن المشتركة لا تصح إلا بأربعة شروط أن يكون فيها زوج واثنان من ولد الأم وأخ لأب وأم وأن يكون معهم أم أو جدة فإن خرم شرط من هذه الأربعة لم تكن مشتركة والله أعلم

﴿ميراث الإخوة للأب﴾

ص ﴿قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن ميراث الإخوة للأب إذا لم يكن معهم أحد من بني الأب والأم كمنزلة الإخوة للأب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم إلا أنهم لا يشركون مع بني الأم في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والأم لأنهم خرجوا من ولادة الأم التي جمعت أولئك﴾ ش وهذا كما قال إن الإخوة للأب عند عدم الإخوة للأب والأم بمنزلتهم في الميراث [illegible] جميع المال ويكون له ما فضل بعد الفرض [illegible] لا يكون حكمهم في المسألة المشتركة حكم الإخوة للأب والأم لأنهم لا يشركون الإخوة للأم لأنهم لا يدلون بمثل سببهم ص ﴿قال مالك فإن اجتمع الإخوة للأب والأم والإخوة للأب فكان في بني الأب والأم ذكر فلا ميراث لأحد من بني الأب وإن لم يكن بنو الأب والأم إلا امرأة واحدة أو أكثر من ذلك [illegible] فإنه يفرض [illegible] النصف ويفرض [illegible] للأب السدس [illegible] الأخوات للأب ذكر فلا [illegible] ويبدأ بأهل الفرائض [illegible]

بالأم وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فلذلك شركوا في هذه الفريضة لأنهم كلهم إخوة المتوفى لأمه

﴿ميراث الإخوة للأب﴾

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن ميراث الإخوة للأب إذا لم يكن معهم أحد من بني الأب والأم كمنزلة الإخوة للأب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم إلا أنهم لا يشركون مع بني الأم في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والأم لأنهم خرجوا من ولادة الأم التي جمعت أولئك قال مالك فإن اجتمع الإخوة للأب والأم والإخوة للأب فكان في بني الأب والأم ذكر فلا ميراث لأحد من بني الأب وإن لم يكن بنو الأب والأم إلا امرأة [illegible] ذلك [illegible] لا ذكر معهن [illegible] الأخت الواحدة للأب والأم النصف [illegible]

للأخوات للأب السدس تتمة الثلثين فإن كان مع الأخوات للأب ذكر فلا فريضة لهن ويبدأ بأهل الفرائض

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم فان كان الاخوة للاب والأم امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لهن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدئ بمن شركهم بفريضة مسماة فاعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم ﴾ ش وهذا كما قال ان الاخ للاب والأم يحجب الاخوة للاب جملة وأما الاخت للام والاب فانها تحجبهم عن النصف فان كان معها أخت أو أخوات لأب كان لهن السدس تكملة الثلثين لانه فرض الاخوات للاب والام والاخوات للاب فاذا اخذت الأخت للاب والأم النصف بقي لهن السدس تكملة الثلثين والواحدة والجماعة فيها سواء فاذا كان الاخوات للاب والام اثنتين فرائدا فحجبن ميراث الاخوات للاب من الفرض جملة لانهن قد استكملن الثلثين الذي هو فرضهن اذا انفردن فلم يبق من فرضهن ما يرثن فان كان مع الاخت للاب والام أو الاخوات أخ لاب ورثن الباقي بالتعصيب واحدا كان أو جماعة فان كان معه أخت فصاعدا ورث معه الباقي من فرض الاخت أو الاخوات بالتعصيب وليس في الرجال من يعصب أخته غير الاخ للاب والام والأخ للاب والابن وابن الابن وابن ابن الابن وان سفل فيعصب عمته بميراث الابن ص ﴿ قال مالك ولبني الام مع بني الاب والأم ومع بني الاب للواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثى هم فيه بمنزلة واحدة سواء ﴾ ش وهذا كما قال ان الاخوة للام يرثون مع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب لانهم من أهل الفروض فوجب ان لا يحجبهم في الميراث على العصبة الذين لا يدلون بهم وانما يدلون بغيرهم ولا يلزم عليه الجد مع الاخ لانه يدلي بما [illegible] ولا يلزم عليه الاخت مع الاب لانها تدلي به ولا يلزم عليه الاخت للاب مع الاخ للاب مع الاب لان الاب [illegible] لان الاب يدلي بالابوة والاخ يدلي بالاخوة ولا يلزم عليه الاخت للاب مع الاخ للاب والام لان الاخ يعصبها [illegible] يكون أرثها بالتعصيب بالام وأما الاخ للام فانه لا يرث الا بالفرض

﴿ ميراث الجد ﴾

حدثني ﴿ يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن معاوية بن أبي سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الي تسألني عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضي فيه الا الامراء يعني الخلفاء وقد حضرت الخليفتين قبلك يعطيانه النصف مع الاخ الواحد والثلث مع الاثنين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث ﴾ ش قوله ان معاوية كتب الى زيد يسأله عن الجد [illegible] في [illegible] كتب [illegible] بالمدينة [illegible] صدق السؤال [illegible] الجواب [illegible] كتبت الي [illegible] والله أعلم رد العلم الى الله تبارك وتعالى واعتراف بأن طريق هذا الحكم الاجتهاد [illegible] دون القطع وذلك انه لم يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم فيه علم ولا [illegible] فيه [illegible] و[illegible] مالم [illegible] مما لا [illegible] يعني [illegible] ان [illegible] حكم النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] يكون حكمه [illegible] فيه [illegible] مرجع [illegible] أبي بكر وعمر رضي الله عنهما [illegible] المساواة [illegible] وله [illegible] فيه حكم [illegible] على أن الصحابة [illegible] وذلك [illegible] أبي بكر وعمر

الاخوة للاب والام امرأتين فا كثر من ذلك من الاناث فرض لهن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدئ بمن شركهم بفريضة مسماة فأعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم قال مالك ولبني الام مع بني الأب والام ومع بني الاب للواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثى هم فيه بمنزلة واحدة سواء

﴿ ميراث الجد ﴾

حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه ان معاوية بن أبي سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الي تسألني عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضي فيه الا الامراء يعني الخلفاء وقد حضرت الخليفتين قبلك يعطيانه النصف مع الاخ الواحد والثلث مع الاثنين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث

و جاعة من الصحابة انهم أقاموه مقام الاب وحجبوا به الاخوة وبه قال أبو حنيفة وروى عن عمر
الرجوع فى ذلك قال الشعبى أول جد ورث فى الاسلام عمر بن الخطاب مات ابن لعاصم بن عمر وترك
أخوين فأراد عمر أن يستأثر بماله فاستشار عليا وزيدا فى ذلك فمثلاله مثلا فقال لولا ان رأيكما اجتمع
ما رأيت أن يكون ابنى ولا أكون أباه وكان زيد وابن مسعود يقاسمان الجد بالاخوة الى ثلث
المقاسمة من الثلث فمن صار له فان كان معهم زوج أو زوجة أو أم أو جدة أعطيا الجد الاوفر من
المقاسمة وثلث ما بقى بعد فرض ذوى السهام أو سدس جميع المال وبه قال الاوزاعى ومالك والشافعى
والثورى والدليل على صحة هذا القول قول الله تبارك وتعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان
والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ولم يفرق بين أن يكون معهم جد او لا يكون
[illegible] فان مثل ما اعطى بذلك آدل الفروض بدليل قوله تعالى مما [illegible] أو كثر نصيبا مفروضا
[illegible] فقد اتفقوا جميعا على الجد والاخوة [illegible]
[illegible] القياس [illegible] (مسئلة)
[illegible] فى الاخوة [illegible] الميراث [illegible]
[illegible] فى الاخوة [illegible]

[illegible]

* وحدثنى عن مالك عن
ابن شهاب عن قبيصة بن
[illegible] عمر بن الخطاب
[illegible] الذى [illegible]
[illegible] وحدثنى
[illegible]
[illegible] يسار انه قال
[illegible] عمر بن الخطاب
وعثمان بن عفان وزيد بن
ثابت [illegible] الاخوة
[illegible]

وابن الابن ومع ذوي الفروض وهذه حال الجد وأما الاخوة فان الأب يسقطهم جملة فلا يرثون معه ويفرض للجد معهم الثلث فكانت حاله أضعف من حال الأب الذي يسقطهم رأسا ولا يمتنع أن يكون له فرضان يرث بهما الثلث مع الاخوة والسدس مع ذوي الفروض كالأم ص ﴿ قال مالك الامر المجمع عليه عندنا والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجد أبا الأب لا يرث مع الاب دنيا شيأ وهو يفرض له مع الولد الذكر ومع ابن الابن الذكر السدس فريضة وهو فيما سوى ذلك ما لم يترك المتوفى أخا أو أختا لابيه يبدأ بالجد ان شركه بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس فما فوقه فرض للجد السدس فريضة ﴾ ش وهذا كما قال ان الجد يحجبه الاب ويرده الابن وابن الابن الى أقل فرضيه وهو السدس وكذلك مع ذوي الفروض المستغرقة للمال أو المستغرقة لخمسة أسداسه فان فضل منه بعد الفروض أكثر من السدس فهو له بالتعصيب ان لم يكن له اخوة فيما هو به فعلى ما ذكرناه بعد هذا ص ﴿ قال مالك والجد والاخوة للاب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فما بقي بعد ذلك للجد والاخوة من شيء فانه ينظر أي ذلك أفضل لحظ الجد أعطيه الثلث مما بقي له وللاخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فيما يحصل له ولهم يقاسمهم بمثل حصة أحدهم أو السدس من رأس المال كله أي ذلك كان أفضل لحظ الجد أعطيه الجد وكان ما بقي بعد ذلك للاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الانثيين الا في فريضة واحدة تكون قسمتهم فيها على غير ذلك وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وأختها لأمها وأبيها وجدها فللزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وللاخت للاب والام النصف ثم يجمع سدس الجد ونصف الاخت فيقسم أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين فيكون للجد ثلثاه وللاخت ثلثه ﴾ ش وهذا في الاخوة والجد اذا شاركهم أحد من أهل الفروض [illegible] بأهل الفروض [illegible] فيه الجد الاخوة بالتعصيب وأما في فرضه الذي هو السدس فانه يبدأ به أيضا وان لم يبق شيء فان الجد لا ينقص من السدس ولا [illegible] في ذلك [illegible] أحد من أهل الفروض [illegible] وما [illegible] ذلك من [illegible] والزوج والزوجة والام واحدة فان بقي شيء بعد ذلك نظر بالجد [illegible] أفضل [illegible] أحوال [illegible] فرضه مع أهل الفروض وهو أول فرضيه والثاني [illegible] ما بقي له وللاخوة [illegible] ذلك فرض [illegible] الاخوة فاذا [illegible] سدس [illegible] عن سهام ذوي الفروض [illegible] سدس جميع التركة [illegible] من التركة وما فضل عن سهام ذوي الفروض لا [illegible] الجد [illegible] الاخوة [illegible] ذلك [illegible] وهات كان له [illegible] والثا [illegible] المقاسمة [illegible] على [illegible] المعدمين [illegible] وان لم [illegible]

(فصل) وان [illegible] ما كان بعد ذلك للاخوة [illegible] للذكر مثل حظ الانثيين الا في فريضة واحدة ذكرها [illegible] السدس [illegible] الاكدرية [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] والاخت للاب والام [illegible] النصف [illegible] وللجد السدس [illegible]

[illegible] فيكون للجد ثلثاه [illegible]

وهو يفرض له مع الولد الذكر ومع ابن الابن الذكر السدس فريضة وهو فيما سوى ذلك ما لم يترك المتوفى أخا أو أختا لابيه يبدأ بالجد ان شركه بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس فما فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس فما فوقه فرض للجد السدس فريضة * قال مالك والجد والاخوة للاب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فما بقي بعد ذلك للجد والاخوة من شيء فانه ينظر أي ذلك أفضل لحظ الجد أعطيه الثلث مما بقي له وللاخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فيما يحصل له ولهم يقاسمهم بمثل حصة أحدهم أو السدس من رأس المال كله أي ذلك كان أفضل لحظ الجد أعطيه الجد وكان ما بقي بعد ذلك للاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الانثيين الا في فريضة واحدة تكون [illegible]

وللجد السدس سهم وهذا قال مالك وروى عن الشعبي انه قال سألت قبيصة بن ذؤيب عن قضاء
زيد في ذلك فقال والله ما فعل زيد ذلك وهو من أعلمهم بقضاء زيد يدعي ان أصحاب زيد قاسوا على
قوله وقال أبو الحسن بن اللبان الفرضي ان لم تصح هذه الرواية عن زيد فقياس قوله أن يكون
للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس ويسقط الاخت كما سقط الأخ لو كان بدل الأخت لان
الأخ والأخت سبيلهما واحد في قول زيد لانهما عصبة مع الجد عصبة ووجه المشهور عن زيد أن
حال الجد مع الاخوة يتنوع على حالين أحدهما يرث بالفرض والثاني بالتعصيب فيجب أن يكون
ذلك حال الاخوات معه فيكون تارة يعصبهن وتارة لا يعصبهن ويجب أن يكون موضع لا يعصبهن فيه
حيث لا يبقى من الميراث ما يكون لهن فلا يتعدى تعصيبه اليهن واذا كان أحسن وبقي من الميراث
ما يكون لهن ووقعت المقاسمة بينهن وبين الجد تعدى تعصيبه اليهن فلم تعل فروضهن وهذه المسألة
سماها أصحابنا الغراء وقد رأيت جماعة من أهل الفرائض يسمونها الغداء وقال أبو غالب حباب
ابن عباده لا يرث الأخت مع الجد الا في هذه المسألة فسميت الغراء وهي الاكدرية أيضا وكذلك
يسميها جمهور أهل الفرائض الاكدرية وقيل انها سميت بذلك لان عبد الملك بن مروان سأل عنها
رجلا يقال له الاكدر فأخطأ فنسبت اليه وقال سميت بذلك لتكدر الاقوال فيها (فرع) اذا
ثبت ذلك فقد اختلف علي وزيد في هذه الفريضة فقال علي لكل واحد منهم ما أوجب له الفريضة
وقال زيد يجمع ثلاثة سهام الاخت وسهم الجد فيقسمونه للذكر مثل حظ الانثيين وبهذا قال مالك
ووجه ذلك أن الاخت انما تنتقل الى الفرض حين لم يكن الجد يعصبها فلما عال لها وصار لها سهم
رجع الى تعصيبها (فرع) ولا تعال فريضة الاخت مع جد الا في هذه المسألة خاصة ولو كان فيها
أخوان لبطل العول وذلك ان يترك المتوفى زوجا وأما وجدا وأخوين لاب وأم أو لاب فان للزوج
النصف ثلاثة أسهم وللام السدس سهم وللجد السدس سهم لانه انما يحصل له من [illegible] ما هو دونه من
المقاسمة وللاخوين السدس لان الجد يعصبهم فيصيرون معه كالاخت مع الاخ والفرق بين هذه
المسألة وبين الاكدرية انه [illegible] الاخوات [illegible] في هذه المسألة شيء من المال يتعدى
تعصيب الجد اليه [illegible] من الفرض وليس كذلك في مسألة الاكدرية فانه لم يبق من الفرائض للاخت
شيء فلم يتعد تعصيب الجد اليها فوجب ردها الى الفرض حين لم يعصبها الجد (مسألة) فان أحاط
الميراث أما وأختا وجدا فعلى مذهب زيد للام الثلث والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ
الانثيين وهذه المسألة تسمى الخرقاء وروي عن عمر وابن مسعود للاخت النصف وللام ثلث
ما بقي وما بقي للجد وروي عن عبد الله أنه قال للاخت النصف وللام والجد الباقي نصفين فهي
مربعات عبد الله وروي عن عثمان انه قال للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث فهي
مثلثة عثمان وقال علي للاخت النصف [illegible] والباقي للجد ووجه قول زيد ان للام الثلث لانه
[illegible] الاخ الا الاخت والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين لانه اذا ورث معه [illegible]
فصار كالاخ [illegible] (مسألة) فان كان مع الجد والاخوة [illegible] فان [illegible] لا يحجبون الجد
[illegible] السدس بالفرض [illegible] الاخوة [illegible] انما [illegible] الجد [illegible]
[illegible] على [illegible] النصف
وللجد السدس والباقي للاخت [illegible] حظ الاخ [illegible] والجد يقسمان للذكر مثل حظ
الانثيين [illegible] لان الجد انما يرث مع الاخوات بالتعصيب [illegible]

يقتسمان للذكر مثل حظ الانثيين كالاخوة والاخوات ص * قال مالك وميراث الاخوة للاب مع الجد اذا لم يكن اخوة لاب وأم كميراث الاخوة للاب والأم سواء ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم فاذا اجتمع الاخوة للاب والأم والاخوة للاب فان الاخوة للاب والام يعادّون الجد باخوتهم لأبيهم [illegible] كثرة الميراث بعددهم ولا يعادّونه بالاخوة للام لانه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيأ وكان المال كله للجد [illegible] للاخوة من بعد حظ الجد فانه يكون للاخوة من الأب والأم دون الاخوة للاب ولا يكون للاخوة للاب معهم شئ الا [illegible] والام امرأة واحدة فان كانت امرأة واحدة فانها تعادّ [illegible] لأبيها ما كانوا [illegible] لهم ولها [illegible] كان لها [illegible] ما بينها وبين أن تستكمل فريضتها وفريضتها النصف من رأس المال كله فان كان [illegible] ولاخوتها [illegible] رأس المال كله [illegible] الذكر [illegible] الاخوة للاب والام [illegible] الاخوة للاب والام [illegible] ذكر الاخوة للاب والام [illegible] الذكور والاناث [illegible]

([illegible]) [illegible] الاخوة للاب والام [illegible] الاخوة [illegible] والام [illegible]

[illegible]

الاخوة للاب مع الجد اذا لم يكن اخوة لاب كميراث الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كانثاهم فاذا اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فان الاخوة للاب والام يعادون الجد باخوتهم لابيهم فيمنعونه بهم كثرة الميراث بعددهم ولا يعادونه بالاخوة للام لانه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيأ وكان المال كله للجد فما حصل للاخوة من بعد حظ الجد فانه يكون للاخوة من الاب والام دون الاخوة للاب ولا يكون للاخوة للاب [illegible]

[illegible]

سهام من خمسة وللجد سهمان ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف فيصح من عشرة للجد أربعة
وللاخت خمسة وللاخ سهم ووجه ما قاله زيد ان هذه حالة تعصيب فوجب أن يعاد فيها الجد بالاخوة
للاب كحاله اذا انفردوا معه ووجه آخر أن الاخت لما كانت تعاد بالاخوة وجب أن تعادهم
على وجه التعصيب لانهما لا يرثان الا ... بالتعصيب فاذا انفردت معه في القسمة رجعت الى
الفرض لان [illegible] حكم [illegible] مخالف [illegible] وهذا كما يقول في الاب
والام والاخوة [illegible] حكم حجب الاب [illegible] الاخوة [illegible] الام [illegible] الى السدس
([illegible]) فان كان مع الاخت [illegible]
[illegible]
ثم يجعل [illegible] للاب والام [illegible]
([illegible]) فان كان [illegible]
الاخت للاب والام والاخ والاخت للاب ثم احد الاخت للاب والام [illegible]
للاخ والاخت للاب [illegible]

﴿ ميراث الجدة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن إسحاق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال جاءت الجدة
الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر ما لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة
رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة
حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن
مسلمة الانصاري فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن
الخطاب تسأله ميراثها فقال لها ما لك في كتاب الله شيء [illegible]
[illegible]

﴿ ميراث الجدة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عثمان ابن إسحاق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب انه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر ما لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الانصاري فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها ما لك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضي به الا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئا ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها

(فصل) وقوله فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس قول
يحتمل أن يكون معناه فرض للوارثة من الجدات إذا لم يحجب السدس فرضا لا زيادة عليه ولا
نقص منه إلا بالعول فيكون ذلك عاما في الجدات إلا ما خصه الدليل وذلك أن سأل أبو بكر عن
الجدة فأجابه بذلك المغيرة ويكون معنى أعطاها السدس أي فرض لها السدس ويحتمل أن
يكون أبو بكر إنما سأل عن الجدة التي جاءت تسأله من عرف حالها وأي الجدات هي فقال المغيرة
أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس يعني تلك الجدة دون غيرها من الجدات وقول عمر بعد
هذا وما كان القضاء الذي قضي به إلا لغيرك يحتمل أن يريد أن الجدة التي كانت بسبب سؤال
أبي بكر الناس أو بسببه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للجدات بالسدس غير المرأة التي أتت
عمر بعد ذلك ويحتمل أن يريد به غير هذا النوع من الجدات وقد روى ابن وهب من طريق ليس
بالقوي أن الجدة التي أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس هي أم الأم قال فلذلك إذا كانت
هي أقرب جازته وإن كانت هي أبعد تشاركتا فيه وأما التي ورث أبو بكر فلما كان عمر جاءته
الجدة أم الأب فقال لها ما أجد لك في كتاب الله عز وجل شيئا وسأل الناس قال فلم أجد أحدا يخبرني
بشيء فقال غلام من بني حارثة لم لا تورثها يا أمير المؤمنين وهي لو تركت الدنيا وما فيها ورثها وهذه لو
تركت الدنيا وما فيها لم يرثها ابنها فورثها عمر وقال إن الله تعالى لم يجعل في الجدات خيرا كثيرا ثم
ورثهن بدين ما بعد ذلك [illegible]

(فصل) وقول أبي بكر للمغيرة لما أخبره بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك هل معك غيرك
على معنى التثبت وطلب سكون النفس إلى أن لا يلتبس رد حديثه لأن المغيرة من فضلاء الصحابة
ومشاهيرهم فلا يرد حديث مثله ولو لم يوجد مع غيره لما فعله أبو بكر ولكنه طلب زيادة غلبة الظن في ذلك
لتعلق الأحكام عليها لأن ذلك أبعد من السهو والغلط ورفع أوجه ما يعتقد الدليل عن ظاهره بالتأويل
[illegible] الروايات بكثرة العدد فلذلك قال محمد بن مسلمة مثل ما قال المغيرة [illegible]
[illegible] فيما اجتهاده لا [illegible] من الصحابة من النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في ملأ من
الناس [illegible] أبو بكر رضي الله عنه

(فصل) [illegible] إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تسأله ميراثها [illegible]
[illegible] الجدة [illegible] أولقال ثم
[illegible] لا [illegible]
[illegible] وإن كان منهما [illegible] فهو بينكما [illegible] أن تكون
[illegible] أم الأم [illegible] الأب [illegible]
[illegible] الشافعي [illegible] الجدتان
[illegible] وقال أبو حنيفة [illegible]
[illegible] الأم [illegible] على مع
[illegible] هذا الذي [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

بحضرة الصحابة ولم ينكره عليه أحد ودليلنا من جهة القياس ان هذه جدة تدلي بالجد فلم ترث كالجدة أم أبي الاب واستدلال في المسئلة وهو ان حصة الام في الجدات أقوى من حصة الاب بدليل أن الام تسقط الجدات أجمع والاب لا يسقط الجدة أم الام ثم ثبت وتقرر انه لا ترث من حصة الام غير جدة واحدة فبأن لا ترث من حصة الاب غير جدة واحدة أولى

(فصل) وقوله وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك يريد به القضاء الذي قضى به أبو بكر للجدة أم الام وقوله وما أنا بزائد في الفرائض شيأ يريد به القضاء الذي قضى به أبو بكر للجدة أم الام وقوله وما أنا بزائد في الفرائض شيأ يريد انه لا يفرض للجدات سدسا غير السدس الذي فرضه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله ولكنه السدس يريد والله أعلم ان فرض الجدات انما هو السدس فقط واحدة كانت أو أكثر من ذلك لانه فرض ينفرد به النساء فصح الانفراد به والاشتراك فيه كربع الزوجات أو ثمنهن

(فصل) وقوله فان اجتمعتما فهو بينكما يقتضي ان الوارثات من الجدات هما اثنتان ولذلك ذكرهما بلفظ التثنية وان كانت المخاطبة واحدة ولو ورث منهن جماعة لقال فان اجتمعتن فهو بينكن وأيتكن خلت به فهو لها ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال أتت الجدتان الى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الام فقال له رجل من الانصار أما انك تترك التي لو ماتت وهو حي كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما * ش قوله أتت الجدتان الى أبي بكر يريد أم الام وأم الاب ويحتمل أن يكونا أتتاه في موطن واحد وفي موطنين وقوله فأراد أبو بكر أن يجعل الموروث لام الام ولعله قبل حديث المغيرة وابن مسلمة أو فهم انها المرادة من قولهما فعارضه رجل من الانصار لما كان أبو بكر يستشير جماعة الناس ومن يوجد عنده العلم في الاحكام بأن الجدة أم الاب لها في ذلك حق وأكد لسببها وجه الموارثة بينها وبين المتوفى بأنه يرثها وبيان ذلك ان قرابة الجدة قرابة تثبت بها الموارثة فاذا كانت هذه القرابة [illegible] من لا يرثها المتوفى فبأن [illegible] يرثها من يرثها المتوفى أولى وأحرى ولا يلزم هذه العلة [illegible] والحال لان [illegible] انه لا يورث بمالها

(فصل) وقوله فجعل لها أبو بكر السدس بينهما يريد انه سوى بينهما [illegible] فجعله لهما على السواء ولم ير الجدة أم الاب أولى به من الجدة أم الام لما ذكره الانصاري وأما رأى أبو بكر أن [illegible] أم الام أقوى [illegible] وجه آخر وهو انها تدلي بالام [illegible] في ميراث الجدة [illegible] حصة الاب لانها تدلي [illegible] كالجد [illegible] حصة أقوى في الميراث من حصة الام لان الجد للاب يدلي [illegible] الاب ص * مالك عن عبد ربه بن سعيد ان أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لا يفرض الا للجدتين * ش قوله كان لا يفرض الا للجدتين يريد أم الام وأم الاب وانه لا يفرض لجدة غيرهما وقد روي عن علي وزيد وابن عباس انهم ورثوا الجدات وان كثرن اذا كن [illegible] واحدة [illegible] من الكلام في ذلك ما فيه [illegible] والله الموفق ص * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الجدة أم الام لا ترث مع الام [illegible] وهي فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وان الجدة أم الاب لا ترث مع الام ولا مع الاب شيأ وهي فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الاب وأم الام وليس للمتوفى دونهما أب ولا أم قال مالك فاني سمعت أن أم الام ان كانت أقعدهما كان لها السدس دون أم الاب وان كانت أم الاب أقعدهما أو كانتا في القعدد من المتوفى بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفان * ش قوله ان

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم ابن محمد أنه قال أتت الجدتان الى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الام فقال له رجل من الانصار أما انك تترك التي لو ماتت وهو حي كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما * وحدثني عن مالك عن عبد ربه ابن سعيد أن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لا يفرض الا للجدتين * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجدة أم الام لا ترث مع الام دنيا شيأ وهي فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وأن الجدة أم الاب لا ترث مع الام ولا مع الاب شيأ وهي فيما سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الاب وأم الام وليس للمتوفى دونهما أب ولا أم قال مالك فاني سمعت أن أم الام ان كانت أقعدهما كان لها السدس دون أم الاب وان كانت أم الاب أقعدهما أو كانتا في القعدد من المتوفى بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفان

الجدة أم الأم لا ترث مع الأم شيئاً قول متفق عليه لا اختلاف فيه لأنها تدلي بالأم وترث بمثل سببها فكانت محجوبة بها وأما الجدة أم الأب فهي أيضاً محجوبة بالأم لما ذكرناه من أنها تدلي بمثل سببها والأم أقرب قرابة منها فوجب أن تحجبها والأب يحجب الجدة للأب خلافاً لما روي عن ابن مسعود ووجه ذلك أنها إنما كانت تدلي به على وجه الولادة من غير أن تحجبها كما يحجب الجد أو أنها وارثة تدلي بعاصب فوجب أن يحجبها العاصب كالعم والجد ولا يحجب الجدة للأم لأنها لا تدلي به ولا ترث بمثل سببه لأنها ترث بالأمومة وهو يرث بالأبوة فلم يحجبها كما يحجب الأم

(فصل) فإذا اجتمعت الجدتان أم الأم وأم الأب ولم يكن من الأبوين من يحجبهما أو أحداهما فإن كانتا في درجة واحدة فالسدس بينهما [illegible] وإن كانت إحداهما أقرب فإن كانت القربى من جهة الأم [illegible]

[illegible]

قال مالك ولا ميراث لأحد من الجدات إلا للجدتين لأنه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث [illegible] ثم سأل أبو بكر [illegible]

[illegible]

ذلك لم يثبت عنده عن أحد من الأئمة وان ما روي من ذلك عن ابن مسعود وابن عباس لم يثبت عنهما والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الكلالة ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي نزلت في الصيف في آخر سورة النساء ﴾ ش قوله ان عمر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة يحتمل أن يسأل عن حكمهم في الميراث ويحتمل أن يسأل عمن يستحق هذا الاسم من الورثة أو الموروثين وقد روي عن أبي بكر وعمر وابن عباس الكلالة من لا ولد ولا والد وهذا يقتضي ان الكلالة الموروث على هذه الصفة وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك آية الصيف يقتضي ان السؤال كان عن أحكام الوارثين وقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ظاهره أنه يورث على هذا الحال والله أعلم وقد قيل ان الكلالة اسم للورثة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي نزلت في الصيف في آخر سورة النساء يريد قول الله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك الآية الى آخر السورة وهذه الآية نزلت في شأن جابر بن عبد الله بن عمرو السلمي فيما رواه ابن المنكدر عن جابر قال مرضت فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم يعودني هو وأبو بكر ماشيين وقد أغمي علي فلم أكلمه فتوضأ وصب علي فأفقت فقلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات فنزلت آية الميراث يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت وروى أبو اسحق عن البراء أن هذه آخر آية نزلت خاتمة سورة النساء يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة

ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الكلالة على وجهين فأما الآية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه الكلالة التي لا يرث فيها الاخوة للام حتى لا يكون ولد ولا والد وأما الآية التي في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شيء عليم * قال مالك فهذه الكلالة التي يكون فيها الاخوة عصبة اذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة ﴾

ش وهذا كما قال ان الكلالة على ضربين عند كثير من العلماء أحدهما من لا يرث الوالدان على والمولودين وان سفلوا كالاخوة للام وذلك مما نص حكم الآية التي في أول سورة النساء وقد سمى الله تعالى بها الكلالة فقال وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فهؤلاء الاخوة من الام خاصة سمى ما انفرد ذكرهم وأن أمهم لها السدس وان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث والوجه الثاني من الكلالة من لا يرث مع الابن وابن الابن ولا مع الاب ويرث مع الجد والبنت وبنت الابن وذلك مما فيه من حكم الآية التي في آخر سورة النساء وقد ذكر الله الكلالة أيضا فقال يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة وهؤلاء من الكلالة التي ذكرهم مخالف

وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي انزلت في الصيف آخر سورة النساء * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الكلالة على وجهين فأما الآية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه الكلالة التي لا يرث فيها الاخوة للام حتى لا يكون ولد ولا والد وأما الآية التي في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شيء عليم * قال مالك فهذه

الذكور ولد المتوفى شيأ وكيف لا يكون كأحدهم وهو يأخذ السدس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثلث مع اخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذي حجب الاخوة للام ومنعهم مكانه الميراث فهو أولى بالذي كان لهم لانهم سقطوا من أجله ولو أن الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الأم فانما أخذ ما لم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الاخوة للاب وكان الجد هو أولى بذلك من الاخوة للام [illegible]

أسهم عند الانفراد لان للانثى منهم النصف وللذكر الجميع فلذلك احتملوا عند الاشتراك والاجتماع فكان للانثى منهم نصف حظ الذكر ألا أن هؤلاء يرثون بالتعصيب والفرض والأولى لا يرثون إلا بالفرض فالجد يرث مع الاخوة لانه أولى بالميراث منهم وذلك أنه يرث مع ذكور ولد المتوفى وولد يرثون مع الجد في الكلالة يريد الاخوة للاب أو الأم أو للاب ص * فالجد يرث مع الاخوة لانه أولى بالميراث منهم وذلك أنه يرث مع ذكور ولد المتوفى السدس والاخوة لا يرثون مع ذكور ولد المتوفى شيأ وكيف لا يكون كأحدهم وهو يأخذ السدس مع ولد المتوفى فكيف لا يأخذ الثلث مع الاخوة وبنو الأم يأخذون معهم الثلث فالجد هو الذي حجب الاخوة للام ومنعهم مكانه الميراث فهو أولى بالذي كان لهم لانهم سقطوا من أجله ولو ان الجد لم يأخذ ذلك الثلث أخذه بنو الأم فانما أخذ ما لم يكن يرجع الى الاخوة للاب وكان الاخوة للام هم أولى بذلك الثلث من الاخوة للاب وكان الجد هو أولى بذلك من الاخوة للام * س وهذا كما قال ان الجد لا يحجب الاخوة من الميراث وذلك انه [illegible] من لا يرثون معه وهو الابن وابن الابن للجد معهم السدس لانه ذو فرض ولا يرث الاخوة معهم لانهم يرثون معه بالتعصيب والاخوات وان كن يرثن بالفرض عند الانفراد الا انهن يرثن مثل [illegible] الاخوة من التعصيب فوجب أن يحجبن عن الفرض من يحجب الاخوة عن التعصيب ألا ترى ان الأم ترث الثلث [illegible] الاب يرث بالتعصيب [illegible] السدس [illegible] السدس الذي [illegible] واحد [illegible] كان أحق من الاخوة بهذا السدس وكان [illegible] الثلث [illegible] معهم من يحجبهم عن الثلث [illegible] وان الاخوة للام أحق بالثلث من الاخوة للاب والام [illegible] الاخوة مع الاب [illegible] الام من الثلث الى [illegible] الاخوة [illegible] الام والاب [illegible] يرثون [illegible] الاخوة للاب والام [illegible] كان أولى [illegible] الاخوة للاب والام [illegible] الثلث [illegible] لاب مع الاخوة [illegible] الام من الثلث الى [illegible] والاب [illegible] كان أحق [illegible] الاخوة للاب [illegible] الاخوة للاب أحق [illegible] الاخوة للام [illegible] كان أحق [illegible]

* حدثني يحيى عن مالك عن [illegible] بن محمد [illegible] الرحمن [illegible] [illegible]

[illegible]

ما [illegible] كتاب [illegible] الفرض [illegible] وحدثني عن مالك عن محمد بن أبي بكر [illegible] الله [illegible] عمر بن الخطاب [illegible]

ويستحيل أن يحتمل أنه خص ذلك الوقت بهذا المعنى لحضور فقهاء الصحابة الصلاة ولعله أن يكون قد تبين حسبما إليه من حكمها ما خفي عليه قبل ذلك فأراد أن يشاورهم فيما ظهر إليه من ذلك ونحو ذلك في القدح أو النور وقوله لو رضيك الله أقرك يحتمل أن يريد به إسقاط العمة من أهل المواريث وأن الله تعالى لو رضي الوراثة لأقرها بعد الاستخارة والمشاورة بأن يقوى في نفس عمر وسائر الصحابة وجوب الميراث لها ويريهم وجه الصواب في ذلك فلما لم يرهم ذلك مع ما أمرهم به من اجتهاد الرأي بطل أن يكون جعل لها في الميراث حظ ويحتمل أيضا أن يكون أراد بذلك الرقعة التي محاها سواء كان فيها إثبات الميراث للعمة أو نفيه عنها وأن الله لم يرض تلك البطاقة لما لم يرهم عليها ولم يرهم صوابها الا أن المعروف من مذهب عمر منع العمة الميراث وسيأتي في ميراث ذوي الأرحام من المسائل التي اختلف فيها الصحابة فالمشهور عن عمر منع ذلك وبه قال زيد بن ثابت وإليه ذهب مالك والشافعي وروي عن ابن مسعود توريثهم وبه قال أبو حنيفة وذوو المحارم هم بنو البنت وبنو الأخت وبنات الأخ من الأب والأم وبنات الأخ من الأب وبنو الأخوة من الأم والعمة والخالة وبنات العم والخال والعم أخو الأب للأم وأولاده والجدة أم أب الأم والدليل على ما نقوله أن بنت البنت شخص لا يرث مع الأخ المساوي لها في القرابة فوجب أن لا يرث إذا انفرد أصل ذلك بنت العمة ولا يلزمنا على هذا الأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم فإنه غير مساو له في القرابة

﴿ ميراث ولاية العصبة ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبة أن الأخ للأب والأم أولى بالميراث من الأخ للأب والأخ للأب أولى بالميراث من بني الأخ للأب والأم وبنو الأخ للأب والأم أولى من بني الأخ للأب وبنو الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب والأم وبنو ابن الأخ للأب أولى من العم أخي الأب للأب والأم والعم أخو الأب للأب والأم أولى من العم أخي الأب للأب والعم أخو الأب للأب أولى من بني العم أخي الأب للأب والأم وابن العم للأب أولى من عم الأب أخي أبي الأب للأب والأم قال مالك وكل شيء سئلت عنه من ميراث العصبة فإنه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن ينازع في ولايته من عصبته فإن وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى إلى أب لا يلقاه أحد منهم إلى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه إلى الأب الأدنى من أولاد الأب فإن وجدتهم كلهم يلقونه إلى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقعدهم في النسب فإن كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الأطراف وإن كان ابن أب وأم وإن وجدتهم مستوين ينتسبون من عدد الآباء إلى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بني أب أو بني أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وإن كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للأب والأم وكان من سواه منهم إنما هو أخو أبي المتوفى لأبيه فقط فإن الميراث لبني أخي المتوفى لأبيه وأمه دون بني الأخ للأب وذلك أن الله تبارك وتعالى قال وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليم

﴿ ميراث ولاية العصبة ﴾ * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبة أن الأخ للأب والأم أولى بالميراث من الأخ للأب والأخ للأب أولى بالميراث من بني الأخ للأب والأم وبنو الأخ للأب والأم أولى من بني الأخ للأب وبنو الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب والأم وبنو ابن الأخ للأب أولى من العم أخي الأب للأب والأم والعم أخو الأب للأب والأم أولى من العم أخي الأب للأب والعم أخو الأب للأب أولى من بني العم أخي الأب للأب والأم وابن العم للأب أولى من عم الأب أخي أبي الأب للأب والأم * قال مالك وكل شيء سئلت عنه من ميراث العصبة فإنه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن ينازع في ولايته من عصبته فإن وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى إلى أب لا يلقاه أحد منهم إلى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه إلى الأب الأدنى من أولاد الأب فإن وجدتهم كلهم يلقونه إلى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقعدهم في النسب فإن كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الأطراف وإن كان ابن أب وأم وإن وجدتهم مستوين ينتسبون من عدد الآباء إلى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بني أب أو بني أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وإن كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للأب والأم وكان من سواه منهم إنما هو أخو أبي المتوفى لأبيه فقط فإن الميراث لبني أخي المتوفى لأبيه وأمه دون بني الأخ للأب وذلك أن الله تبارك وتعالى قال وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليم

وهذا على ما قال ان الاخ للاب والام أولى من الاخ للاب لان الام تدلي بها الى الميراث اذا انفردت كما
تدلي بالاب اذا انفرد فاذا اجتمعا كان أقوى من انفراد أحدهما وكذلك الميراث في العمومة وان كان
العم للام لا مدخل له في الميراث اذ انه لما كانت الام سببا في الميراث بالجملة قويت نسبة من وجدت في
جهته كالأب الام بانفرادها لا تكون سببا الى ميراث جميع المال وقد تقوى نسبة الاخ للاب والأم
فيستحق جميع المال وهذا مع التساوي في الدرجة من الميت مثل أن يكون جميعهم اخوة أو أعماما
في درجة أو بني عم في درجة واحدة فان اختلفت درجاتهم فذلك على وجهين أحدهما اختلافها مع
اختلاف الاسباب والثاني اختلافها مع اتفاق الاسباب فأما اختلاف الدرجات مع اختلاف الاسباب
فكالاخوة مع الاعمام وبني الاعمام فالاخوة أقرب لانهم يدلون بالاب والاعمام يدلون بالجد وكذلك
بنو الاعمام يدلون بالجد فكان الاخوة أولى اخوة كانوا لاب وأم أو لاب لانهم يدلون بالاب وهو
أقرب من الجد وان كانوا أعماما كلهم أو بني عم كلهم واختلفت درجاتهم فكالاعمام اخوة الاب مع
الاعمام اخوة الجد فان الاعمام اخوة الاب أولى بالميراث وهو معنى قول مالك ان من يلقى الميت الى
أب لا يلقاه غيره الى أب أقرب منه فله الميراث ومعنى ذلك أن الاعمام يدلون بالجد أي الأب والاعمام
اخوة الجد يدلون بالجد أي الاب وكل من أدلى بالاقرب فله الميراث دون من أدلى بالأبعد
(مسئلة) ومن ترك [illegible] فالاخ وابن عم لاب وأخا لام وهو ابن عم لاب فللاخ للام السدس وما بقي بينه
وبين الآخر بالسوية لانهما استويا في درجة واحدة ووجه ذلك أن الخال لاحظ له في الميراث
والاخ للام يرث بالفرض السدس واذا اجتمع لاحد الوارثين سببان وانفرد الآخر بسبب واحد
فان كان السببان من جنس واحد كابني العم أحدهما ابن عم لاب وأم والآخر ابن عم لاب فان الأقرب
أحق بالميراث من ذا النسب الواحد وان كان السببان من جنسين مثل أن يكون أخو الأم
هو ابن عم مع ابن عم ليس بأخ لام فان الأخ السببين أن يرث كل واحد منهما بسبب الفرض
أولا ثم يتساويان في الميراث بالتعصيب لتساويهما فيه والله أعلم (مسئلة) واذا ترك الميت ابني
عم أحدهما أخ لام [illegible] ابن عم لو رثا بالاخوة للام الثلث بينهما ثم يرث الأخ الذي هو ابن عم بالتعصيب بقية المال
وذلك على ما قدمناه (مسئلة) [illegible] الخنثى الوارث بالذكورة أو الانوثة فان كان خنثى فانه
[illegible] ذكره [illegible] حكم الذكور في [illegible] وصلاته والصلاة عليه وغير ذلك من
أحكامه [illegible] في حكم المرأة وان [illegible] وان الخنثى المشكل [illegible] قال ابن
[illegible] وروى ذلك عن علي بن أبي طالب وابن [illegible] اجتمعا
وان هذا الخنثى المشكل واتفق أهل الفرائض على أن له نصف ميراث رجل ونصف ميراث امرأة
فان انفرد وحده [illegible] المال قال ابن [illegible] لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك وقد اختلفوا
في الحساب [illegible] فمنهم من [illegible] فان فرضهما من سبعة للصحيح
اربعة وللخنثى ثلاثة [illegible] للصحيح [illegible] ومنهم من قال
[illegible] ودلك كله غلط في الحساب والصواب في ذلك أن
[illegible] على [illegible] فريضة [illegible] ذكرانه [illegible] لكل
واحد منهما [illegible] على [illegible] من [illegible] وللانثى واحد فاضرب
[illegible] لكون ما يدل لكل
واحد [illegible] الصحيح [illegible] كران فلكل واحد
[illegible]

لهما في أفضل حاليهما ستة فيعطى شطر ما بين حاليته وذلك خمسة أسهم ويعطى أخوه ما بين الحالتين وذلك سبعة لانه يستحق بحال ذكورة أخيه ستة وبحال أنوثته ثمانية والله أعلم ص ﴿ قال مالك والجد أبو الأب أولى من بني الأخ للأب والأم وأولى من العم أخي الأب للأب والأم بالميراث وابن الأخ للأب والأم أولى من الجد بولاء الموالي ﴾ ش وهذا على ما قال ان الجد أبا الأب يحجب بني الاخ للأب والأم وذلك أن الجد أولى بالميراث من الأخ للأب والأم اذا انفرد عنهما لانه من أهل الفروض ولذلك يرث مع الابن السدس ولا يرث الأخ مع الابن شيأ لكنه اذا فضل المال عن فرض الجد ورث معه الاخ بالتعصيب لان لكل واحد منهما تعصيبا والاخ يعصب أخته والجد يرث مع الابن فلذلك لم يحجب أحدهما الآخر عن التعصيب وأما ابن الاخ فلا يعصب أخته ولذلك حجبه الجد لقوة أسبابه الى ريثها وهذا حكم الجد أبي الاب فأما أبو أبي الاب فانه أيضا أولى من بني الاخ والاعمام وبني الاعمام لانه جد كالادنى وأما الجد أبو الاب فانه يحجب أباه كما يحجب الاب الجد فكل أب يحجب من فوقه كما أن كل ابن يحجب من تحته لان الميراث انما يستحق بالقرب والله أعلم

(فصل) والجد أولى من العم أخي الاب للاب والام ووجه ذلك أن العم انما يدلي بالجد فكان كالاخ مع الاب لما أدلى به لم يرث معه وانما يرث مع عدمه وأيضا فان تعصيب العم ليس بالقوي لانه لا يعصب أخته فكان كابن الاخ لا يرث مع الجد لضعف تعصيبه لانه لا يعصب أخته وانما يرث مع الجد التعصيب من قوي تعصيبه حتى يعصب أخته كالاخ والابن وابن الابن

(فصل) وقوله وابن الاخ للاب والام أولى من الجد بولاء الموالي ووجه ذلك أن الولاء لا يورث الا بمحض التعصيب وليس فيه فروض والأخ وابن الأخ أمحض تعصيبا من الجد لانهم لا يرثون الا بالتعصيب فكان سببهم أقوى في الولاء ولا يقوى تعصيب الجد بالفرض في الولاء لانه لا مدخل للفروض فيه وأما الاب فانه أحق بالولاء من الاخوة وان كان يرث تارة بالفرض وتارة بالتعصيب وتارة بهما لان الاخوة يدلون به فكان أحق بذلك منهم وليس كذلك الجد فانهم لا يدلون به وحكم الاخوة مع الاب كحكم الاعمام مع الجد والله أعلم (مسئلة) قد تقدم الكلام في ذكر من يرث في هذا الكتاب والمذكر العمل في مواريثهم لتتم به بيان أحكامهم ويبنى ذلك على الاخبار أن الفروض ستة وتتقدم ذكرها وتخرج حسابها من سبعة أصول الاثنين والثلاثة والاربعة والستة والثمانية والاثنى عشر والاربعة وعشرين وذلك أن الاثنين ابتداء أصول المسائل ثم تضاعف الى أربعة ثم تضاعف الى ثمانية فاذا كانت المسئلة نصفا ونصفا وما بقي أو نصفا ونصفا فهي من اثنين وان كانت ربعا وما بقي أو ربعا ونصفا وما بقي فهي من أربعة وان كانت ثمنا وما بقي أو ثمنا ونصفا وما بقي فأصلها من ثمانية وهذه الاصول الثلاثة لا يدخلها عول لاختصاص سهامها بأحد الاصلين والاصل الثاني أوله من ثلاثة ثم تضاعف الى ستة ثم تضاعف الى اثني عشر ثم تضاعف الى أربعة وعشرين فان كان في المسئلة ثلث وما بقي أو ثلث وثلثان فأصل المسئلة من ثلاثة وهذه المسئلة أيضا لا تعول لاختصاصها بأحد الاصلين وان كان في المسئلة نصف مع ثلث أو سدس فهي من ستة وان كان فيها ربع مع ثلث أو سدس فهي من اثني عشر وان كان فيها ثمن مع ثلث أو سدس فهي من أربعة وعشرين وهذه المسائل الثلاث تعول لاجتماع الاصلين فيها فأما المسئلة التي أصلها من ستة فهي تعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة فاذا عالت الى عشرة سميت ذات الفروخ وهي أكثر المسائل عولا لانها عالت بثلثيها واذا عالت الى تسعة فبعضهم يسميها الغراء وهي الاكدرية واذا كان أصل المسئلة

*قال مالك والجد أبو الاب أولى من بني الاخ للاب والام وأولى من العم أخي الاب للاب والام بالميراث وابن الاخ للاب والام أولى من الجد بولاء الموالي

من اثني عشر عالت الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر واذا كان أصل المسئلة من أربعة وعشرين عالت الى سبعة وعشرين وهي المنبرية (مسئلة) فاذا تركت المرأة زوجا وأختين لأب فأصلها من ستة وتعول الى سبعة واذا تركت زوجا وأما وأختين لأم فأصلها من ستة وتعول الى ثمانية واذا تركت زوجا وأما وأختا فأصلها من ستة وتعول الى تسعة واذا تركت المرأة زوجا وأما وست أخوات متفرقات فأصلها من ستة وتعول الى عشرة للزوج النصف وهو ثلاثة وللأم السدس وللأختين للأم الثلث وللأختين للأب والأب الثلثان وتعول الى عشرة وقد تقدم ذكرها (مسئلة) واذا توفي رجل وترك زوجة وثلاث أخوات متفرقات أصلها من اثني عشر للزوجة الربع ثلاثة وللأخت للأم السدس اثنان وللأخت للأب والأم النصف ستة أسهم وللأخت للأب السدس سهمان تعول الى ثلاثة عشر ولو خلفت المرأة زوجا وأبوين وابنة وابنة ابن أصلها من اثني عشر للزوج الربع ثلاثة أسهم وللأبوين السدسان أربعة أسهم وللابنة النصف ستة أسهم ولابنة الابن السدس سهمان تعول الى خمسة عشر ولو خلف رجل زوجة وأختين لأم وأختين لأب فأصلها من اثني عشر للمرأة الربع ثلاثة أسهم وللأختين للأم الثلث أربعة أسهم وللأختين للأب الثلثان ثمانية أسهم تعول الى سبعة عشر (مسئلة) ولو توفي رجل وترك زوجة وأبوين وابنتين فأصلها من أربعة وعشرين للمرأة الثمن ثلاثة أسهم وللأبوين السدسان ثمانية أسهم وللابنتين الثلثان ستة عشر سهما تعول الى سبعة وعشرين

(فصل في تصحيح المسائل)

وينبغي أن يعتبر [illegible] لا ينقسم عليهم سهامهم في أصل المسئلة وعولها فاحتيج الى تصحيح المسئلة وذلك مثل [illegible] زوج وأخوين أصلها [illegible] للزوج النصف وللأخوين النصف لا ينقسم [illegible] في أصل المسئلة وعولها [illegible] تكون أربعة [illegible] تصح المسئلة فيكون [illegible] لكل واحد [illegible] أسهم [illegible] وأما [illegible] فلا ينقسم عليهم [illegible] تصح المسئلة للزوج النصف [illegible] (مسئلة) [illegible] أو [illegible] أوما [illegible]

[illegible] المسئلة وذلك مثل امرأة [illegible] أصل مسئلتهم من ثلاثة فللزوج [illegible] للنساء لا ينقسم [illegible] يوافقهن [illegible] أصل المسئلة وعولها [illegible] يكون [illegible] (مسئلة) [illegible] وعولها وذلك [illegible] المسئلة من [illegible] لا ينقسم [illegible] وأربعة [illegible] المسئلة

(مسئلة) فإن كان من لا ينقسم عليهم سهامهم يوافق عددهم بجزء من الأجزاء نصف أو ثلث أو ربع
أو أقل من ذلك أو أكثر أخذت وفق عددهم لسهامهم ثم ضربت بعض ذلك في بعض فما اجتمع
ضربته في أصل المسئلة وعولها إن كانت عولاً فما اجتمع صحت منه المسئلة مثال ذلك ثلاث نسوة
وأربعة عشر أخاً لأم واثنان وثلاثون أخاً لأب المسئلة من اثنى عشر للنسوة الربع ثلاثة سهام
تنقسم عليهن وللإخوة للأم الثلث أربعة سهام وللإخوة للأب الثلثان ثمانية أسهم لا ينقسم عليهم
ويوافقهم بالنصف فيرجعون إلى سبعة وللإخوات الثلثان ثمانية أسهم لا تنقسم عليهن وتوافقهن
بالأثمان فيرجعن إلى ثمنهن وذلك أربعة فتضرب ثلاثة في أربعة ثم في سبعة فذلك أربعة وثمانون
ثم في أصل المسئلة وعولها وذلك خمسة عشر وذلك ألف ومائتان وستون ومنها تصح المسئلة من له
سهم ضرب له في أربعة وثمانين (مسئلة) فإن كانت الأعداد يوافقها إما لسهامها توافق
بعضها بعضاً فأوقف وفق أحد الأعداد واردد الأعداد الأخر إلى موافقها للعدد الموقوف فإن رجع
ضربت بعضه في بعض ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف وما اجتمع في الأصل وعولها مثال
ذلك أربع نسوة وستة وثلاثون أخاً لأم وثمانية وأربعون أخاً لأب المسئلة من اثنى عشر
للزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافقهن وللإخوة للأم الثلث أربعة أسهم لا تنقسم عليهم
وتوافقهم بالربع فيردون إلى ربعهم وذلك تسعة وللإخوة للأب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهم
وتوافقهم بالثمن فيردون إلى ثمنهم وذلك ستة فبقي معنا أربعة وستة وتسعة فتوقف الستة وتجد
الأربعة توافق الستة بالنصف والتسعة توافقها بالثلث فتضرب نصف الأربعة في نصف الستة يكن
ستة ثم تضربها في الستة الموقوفة تكن ستة وثلاثين ثم تضربها في أصل المسئلة وذلك خمسة
عشر تكن خمسمائة وأربعين منها تصح المسئلة من كان له شيء في أصل المسئلة ضرب له في ستة
وثلاثين للنسوة ثلاثة في ستة وثلاثين تكون مائة وثمانية لكل واحدة سبعة وعشرون وللإخوة مائة
وأربعة وأربعون وللإخوات مائتان وثمانية وثمانون لكل واحد ستة (مسئلة) وإن كان من
الأعداد بعد رد كل إياها إلى موافقها إلى سهامها متساوية أخذت أحدها اجتزاءً وإن كان أحد عدد
الأجزاء مثل جزء من العدد الآخر مثل أن يكون نصفه أو ثلثه أو ربعه أو جزءاً من الأجزاء
فإن الأكثر يجزئ عن الأقل وتعتبر ذلك بأن تقسم الأكثر على الأقل فينقسم صحيحة أو تنقص الأقل
والأكثر [illegible] أو تزيد على الأقل مثله حتى يساوي الآخر فإن لم يكن كذلك لم يكن جزءاً ولا داخلاً
فيه [illegible] مثال ذلك أن يكون أحد العددين خمسة والآخر عشرين فإنها [illegible] في العشرين لأنك إن
قسمتها [illegible] ربعها أو زدت على الخمسة ثلاثة أمثالها أو نقصت الخمسة من العشرين أربع مرات
ولو كانت ستة مع عشرين لم تدخل فيها لأنك إن نقصت ستة من العشرين [illegible] ثلاث مرات لم توافق [illegible]
[illegible] بها [illegible] ولا [illegible] بالربع والخمس [illegible] مثال ذلك [illegible] نسوة و[illegible]
[illegible] لأم وأربعة [illegible] أخاً لأب [illegible] لا تنقسم [illegible] ولا توافقهم وللإخوة للأم
الثلث [illegible] أسهم لا تنقسم [illegible] ولا توافقهم [illegible]
الزوجات وهي [illegible] عدد الإخوة [illegible]
الخامسة تجزئ عنها فتضرب الثمانية في أصل المسئلة [illegible]
من له شيء ضرب له في ثمانية فللزوجات ثلاثة أسهم مضروبة في ثمانية والإخوة للأم أربعة سهام
مضروبة في ثمانية

(فصل) ولايعلو التصحيح من سبع علل ثلاثة في السهام وأربعة في الأعداد فالتي في السهام أن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم فلا تحتاج الى ضرب أو لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فتضرب عددهم في المسئلة وعولها ان كانت عائلة والثالثة أن لا تنقسم وتوافقهم فتضرب وفق عددهم في المسئلة وعولها وأما في الاعداد فأن تكون الأعداد متساوية فيجزى أحدها عن باقيها أو تكون أحد العددين داخلا في الآخر وجزأ منه فيجزى الأكثر عن الأقل أو تكون الاعداد متباينة لا توافق بعضها بعضا فتضرب بعضها في بعض ثم ما اجتمع في أصل المسئلة أو تكون الأعداد مختلفة و توافق بعضها بعضا فانك توقف أحد الأعداد ثم ترد الأعداد الاخر الى الجزء الموافق لها ثم تضرب الراجع بالموافقة بعضه في بعض ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف فما اجتمع ضربته في أصل المسئلة وعولها فما اجتمع صحت منه المسئلة وعنده طريقة التصريح في التصحيح وللكوفيين طريقة أخرى سنذكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى لعلها أن تكون أقرب تناولا عند بعض من نظر في ذلك وبالله التوفيق

(فصل) في معرفة الموافقة بالأجزاء وذلك أنك تنقص أقل العددين من أكثرهما فان فني به فانه يوافق بالأقل العددين من الآحاد فان بقي من العدد الكثير أقل من العدد القليل ما نقص ذلك من العدد القليل فان فني توافقا بأحد العدد الذي فني به وهكذا أبدا لا تزال تنقص ما بقي من كل عدد مما بقي من الآخر حتى يفني أحدهما بالآخر فان فني بواحد فليس بينهما موافقة فان فني باثنين فالموافقة بينهما بالنصف وان فني بثلاثة فالموافقة بينهما بالثلث فان فني بأربعة فالموافقة بينهما بالربع وان فني بأحد عشر فالموافقة بينهما بأجزاء أحد عشر وكذلك سائر الاعداد ومثال ذلك اذا قيل بما يوافق اثنان وثلاثون فتنقص من اثنين وثلاثين أربع مرات فانها تفنى فتعلم أنها توافقها بالأثمان واذا قيل لك بما يوافق واحد وعشرون سبعة وأربعين فانقص أحدا وعشرين من الأربعين تبقى سبعة فانقص السبعة من الاحد والعشرين ثلاث مرات فانها تفنى بها فتعلم أنهما متفقان بالأسباع فان قيل بما يوافق مائة وعشرون مائتين وخمسة وستين فانقص مائة وعشرين من مائتين وخمسة وستين تبقى خمسة وأربعون انقصها من المائة والعشرين مرتين تبقى ثلاثون ثم انقص الثلاثين من الخمسة والأربعين تبقى خمسة عشر انقصها من الثلاثين مرتين تفنى بها فتعلم أنهما متفقان بأجزاء خمسة عشر والله أعلم وأحكم

(فصل في الوصايا)

اذا أوصى الميت بثلثه فأردت قسمة تركته فانك تنظر الى نصيب ثلثه فتزيد عليه مثل نصفه وان أوصى بالربع زدت عليه مثل ثلثه وان أوصى بالخمس زدت عليه مثل ربعه وان أوصى بالسدس زدت عليه مثل خمسه وان أوصى بالسبع زدت عليه مثل سدسه وان أوصى بالثمن زدت عليه مثل سبعه وان أوصى بالتسع زدت عليه مثل ثمنه وان أوصى بالعشر زدت عليه مثل تسعه وذلك مثل امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأخوين لأب فالمسئلة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم وللأخوين للأب الثلثان أربعة أسهم تعول الى ثمانية فان أوصت بالثلث زدت على الثمانية نصفها وذلك أربعة فتكون اثنى عشر ومنها تصح [illegible] الوصية ان لم تكن ماله كسر فان كان ضربت [illegible] في عدد مخرج [illegible] الوصية فان كانت الثلث ضربتها في ثلاث وان كانت الربع ضربتها في أربعة

(مسئلة) ولو أوصى بوصيتين ولم تكن أصل الفريضة لها أجزاء [illegible] فاضرب أجزاء الوصايا

بعضها في بعض فما اجتمع ضربته في أصل الفريضة فلو أوصى بثلث وربع فقال ذلك امرأة توفيت وخلفت زوجا وأختين لأب أصلها من ستة تعول إلى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللأختين الثلثان أربعة فإن أوصت بالثلث لم يمكنك أن تزيد على السبعة مثل نصفها بجزء صحيح فتضرب الفريضة بعولها في ثلاثة فتكون إحدى وعشرين فمنه تصح المسألة ولو كان أوصى بثلث وربع لضربت ثلاثة في أربعة ثم تضرب ما اجتمع في الفريضة فما اجتمع فمنه تصح الفريضة مع الوصيتين

(فصل) في المناسخات ومعنى ذلك أن يموت ميت فلا يقسم ماله حتى يموت بعض ورثته فوجه العمل في ذلك أن تصحح مسألة الميت الأول ثم تصحح مسألة الثاني ثم تقسم سهام الميت الثاني التي ورثها من الميت الأول على سهام مسألته فإن انقسمت فقد صحت المسألتان مما صحت منه الأولى مثال ذلك أن تخلف المرأة زوجها وأختين فالمسألة من ستة تصح من سبعة فإن ماتت إحدى الأختين وخلفت زوجها وأختها فالمسألة من اثنين ولها من الأولى سهمان ينقسم على مسألتها فقد صحت المسألتان من سبعة للزوج ثلاثة أسهم وللأخت سهمان من المسألة الأولى وسهم من الثانية ولزوج الميتة سهم

(مسألة) فإن لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على سهام المسألة ولم توافقها فاضرب مسألته في المسألة الأولى فما اجتمع صحت منه المسألتان مثال ذلك أن يخلف ابنين وابنتين فالمسألة من ستة ثم ماتت إحدى الابنتين وخلفت زوجا وأبا وابنا فمسألتها من أربعة وتركتها سهم لا ينقسم ولا توافقه فاضرب مسألتها في المسألة الأولى تكون أربعة وعشرين منها تصح المسألتان من له شيء من المسألة الأولى مضروب له في أربعة ومن له شيء من المسألة الثانية مضروب له في السهم الذي مات عنه الثاني (مسألة) فإن لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على مسألته ووافقتها فاضرب وفق المسألتين في المسألة الأولى فما اجتمع صحت منه المسألتان مثال ذلك أن يخلف ابنين وابنتين فالمسألة من ستة ثم مات أحد الابنين وخلف امرأة وبنتا وثلاثة بني ابن فمسألته من ثمانية أسهم وقد مات عن سهمين توافق مسألته بالنصف فاضرب نصف مسألته في المسألة الأولى تكن أربعة وعشرين منها تصح المسألة

(فصل) في قسم التركات إذا أردت قسمة التركات وكانت دنانير أو دراهم أو رطلا كالا ووزنا فوجه العمل في القسمة أن تصحح الفريضة على الورثة ثم تضرب سهام كل وارث في عدد التركة ثم تقسمه على سهام الفريضة فما خرج فهو نصيبه وإن شئت قسمت التركة على المسألة فما خرج ضربته في سهام كل وارث فما خرج فهو نصيبه فإن وافق عدد التركة سهام المسألة فخذ وفقهما ثم اعمل في وفقهما ما كنت تعمل بكلها إما أن تضرب سهام كل وارث في وفق التركة فما اجتمع قسمته على وفق المسألة فما خرج فهو نصيبه أو تقسم وفق التركة على وفق المسألة فما خرج ضربته

﴿ من لا ميراث له ﴾

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ابن الأخ للأم والجد أبا الأم والعم أخا الأب للأم والخال والجدة أم أبي الأم وابنة الأخ للأب والأم والعمة والخالة لا يرثون بأرحامهم شيئا قال وإنه لا ترث امرأة هي أبعد نسبا من المتوفى ممن سمي في هذا الكتاب برحمها شيئا وإنه لا ترث أحد من النساء شيئا إلا حيث سمين وإنما ذكر الله تبارك وتعالى في كتابه ميراث الأم من ولدها وميراث البنات من أبيهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الأخوات

﴿ من لا ميراث له ﴾

ص عن مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن ابن الأخ للأم والجد أبا الأم والعم أخا الأب للأم والخال والجدة أم أبي الأم وابنة الأخ للأب والأم والعمة والخالة لا يرثون بأرحامهم شيئا قال وإنه لا ترث امرأة هي أبعد نسبا من المتوفى ممن سمي في هذا الكتاب برحمها شيئا وإنه لا ترث أحد من النساء شيئا إلا حيث سمين وإنما ذكر الله تبارك وتعالى في كتابه ميراث الأم من ولدها وميراث البنات من أبيهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الأخوات

للأب والأم وميراث الأخوات للأب وميراث الأخوات للأم وورثت الجدة بالذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هي نفسها لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فإخوانكم في الدين ومواليكم ﴾ ش وعلى ما ذكره زيد بن ثابت وأهل المدينة لا يورثون ذوي الأرحام من الرجال وهو ابن الأخ للأم والجد أبو الأم والعم للأم والخال فإنهم لا يرثون لأنهم ليسوا أهل فرض مفروض ولا عصبة ولا أهل تعصيب ومن النساء الجدة أم أبي الأم وابنة الأخ للأب والأم والعمة والخالة والأصل في ذلك ما قدمناه قال مالك ولا ترث من النساء الا من سمى الله عز وجل في كتابه وبين السنة ميراثه وهي سبعة تقدم ذكرهن وقد نص الله تعالى على ميراث جميعهن والجدة تثبت توريثها بالسنة وهذا ميراث النسب وأما ميراث الولاء فترث المرأة من أعتقت أو أعتقه من أعتقت قال مالك لأن الله عز وجل يقول في كتابه فإخوانكم في الدين ومواليكم والاستدلال من هذا إنما يكون بأن سبب الميراث بالولاء وأن يكون لفظ الجمع المذكر يقع على المؤنث بمجرد اللفظ فتحصل مساواة الآية ميراث المرأة لمن كان مولى لها والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث أهل الملل ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي عن عمرو بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ﴾ ش [illegible] لا يرث المسلم الكافر يعني ميراث المسلم مال الكافر [illegible] لو كان مسلما من أب أو ابن أو أخ أو غيرهم وإلى هذا ذهب جماعة العلماء [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] لا يرث الكافر المسلم على هذا الوجه [illegible] كان لا يرث المسلم الكافر فبأن لا يرث الكافر المسلم أولى وروي عن معاذ ومعاوية ومحمد [illegible] الكافر المسلم [illegible] الإجماع على ما [illegible] الجمهور من أهل [illegible] (مسئلة) وأما [illegible] وماله [illegible] ودلالة [illegible] وقف [illegible] المرتد وإن راجع الإسلام المرتد [illegible] الأحوال [illegible] (مسئلة) وأما المرتد [illegible] ذلك [illegible] الإسلام [illegible] المسلمين [illegible] أن يتوب و راجع الإسلام وقال الشافعي [illegible] ولأن [illegible] والذي [illegible] الشافعي [illegible] بالله [illegible] عن [illegible] أهل المدينة [illegible] مالك [illegible] الشافعي [illegible] [illegible] مالك [illegible] ابن شهاب عن علي بن حسين [illegible] علي بن أبي طالب [illegible] قال [illegible] [illegible]

للأب والأم وميراث الأخوات للأب وميراث الأخوات للأم وورثت الجدة بالذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها والمرأة ترث من أعتقت هي نفسها لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فإخوانكم في الدين ومواليكم

﴿ ميراث أهل الملل ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن علي ابن حسين بن علي عن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب أنه أخبره أنه إنما ورث أبا طالب عقيل وطالب ولم يرثه علي قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب

طالب وعقيل على ملتهما فانفردا بميراثه وإنما أسلما بعد موته عام الفتح فلذلك لم يكن لعلي ولا لجعفر
ولا لأحد من عقبهما حظ في الشعب الذي كان لأبي طالب (مسئلة) وإنما المراعى في التوارث
اتفاق الدينين حال الوفاة ولو أن نصرانيا أسلم عند الموت وهو مريض ورثه ورثته من المسلمين دون
غيرهم وجرى حاله في غسله والصلاة عليه ودفنه مجرى المسلمين ولو أن كافرا توفي وترك حملا فولدته
لكان على دين أبيه وورثه قاله القاضي أبو الحسن والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن يحيى بن
سعيد عن سليمان بن يسار أن محمد بن الأشعث أخبره أن عمة له يهودية أو نصرانية توفيت وأن محمد بن
الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له من يرثها فقال له عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى
عثمان بن عفان فسأله عن ذلك فقال له عثمان أتراني نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب يرثها أهل
دينها ﴾ ش قوله لابن الأشعث وقد سأله عن عمته اليهودية من يرثها فقال له يرثها أهل دينها وذلك
يقتضي التوارث بالدين الواحد دون الدينين وهذا إذا كان أحدهما مسلما والآخر غير مسلم دون
خلاف فيه من الفقهاء فإن كان أحدهما يهوديا والآخر نصرانيا فقد سئل مالك عن نصراني تحته
يهودية فتوفي فقال مالك ليس ذلك الشأن فيما نحوا عندنا فإنهم لا يتوارثون لأنا نحكم بينهم بحكم
الإسلام (مسئلة) وأما المجوسي يتزوج أمه أو ابنته أو أخته ثم أسلموا فإنهم إنما يتوارثون بالميراث
الأصلي الذي لا يغيره الإسلام ولو تزوج مجوسي أمه فولدت منه ولدا ثم أسلموا ومات المجوسي فإن
الزوجية قد بطلت بالإسلام وثبتت الأمومة وابنه هو ابنها وأخوه للأم فإن الأم ترث السدس على
أنها أم وترث الابن على أنه ابن ويسقط حكم الأخوة للأم ولو تزوج ابنته فولدت منه ولدين فأسلموا
ثم توفي الرجل فإن لابنته الخمس ويسقط الزوجية والباقي لابنيه فإن توفي أحدهما فلأمه الثلث
ويسقط الأخوة ولا حجب الباقي وقد قال بعض أهل الفرائض لها السدس لأنها أخت فتحجب
نفسها من الثلث إلى السدس (مسئلة) وهذا إذا ثبتت الأنساب فإن جهلت مثل رجل توفي وترك
ثلاثة بنين أحدهم صغير وأحد الكبيرين مسلم والآخر نصراني فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وأن
أخاه الصغير مسلم وادعى النصراني أن أباه مات نصرانيا وأن أخاه الصغير نصراني وقد قال ابن
القاسم في المدونة في رجل توفي وترك ابنين أحدهما نصراني والآخر مسلم ادعى كل واحد منهما أن
أباه مات على دينه أن كل [illegible] يعرف [illegible] فإنه يقسم بينهما [illegible] كذلك [illegible] وقال أصبغ
[illegible] ويقسم المال الآن [illegible] ثم يقال لهما إنكما [illegible] المال [illegible] وكل
واحد منكما يزعم أن [illegible] أخوه [illegible] فليعط كل واحد منكما الصغير [illegible]
[illegible] المال الموقوف والسدس الباقي من الكبيرين ووجه ذلك أن كل واحد منهما [illegible] الثالث
للصغير ويدعي كل واحد منهما [illegible] الباقي [illegible] فيقسم بينهما بعد أيمانهما وهو تفسير قول ابن
القاسم (مسئلة) ولو ترك ابنين كبيرين وابنا صغيرا لكان على كل واحد منهما أن يدفع [illegible]
[illegible] تعالى [illegible] التوارث [illegible] وإن [illegible]
[illegible] بحكم الإسلام [illegible] وكافر [illegible] وروى ابن القاسم عن مالك في كتاب
[illegible] على مواريثهم وإن كانوا [illegible] أهل الكتاب
[illegible] يتوارثون على مواريث [illegible] الإسلام وقال [illegible] أهل الكتاب [illegible] يتوارثون على
مواريث الإسلام وقاله سحنون (مسئلة) وهذا إذا لم يكن لأحدهم [illegible] قال ابن القاسم
وذلك إذا لم يكن [illegible] الحال في الأصل فإن كان يعرف [illegible] فقال ابن

قال مالك ومن ذلك أيضا الأخوان للأب والأم يموتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ لأبيهما فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فميراث الذي لا ولد له لأخيه لأبيه وليس لبني أخيه لأبيه وأمه شيء * قال مالك ومن ذلك أيضا أن تهلك العمة وابن أخيها أو ابنة الأخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فإن لم يعلم أيهما مات قبل لم يرث العم من ابنة أخيه شيئا ولا يرث ابن الأخ من عمته شيئا

﴿ ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا ﴾

حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا إنه إذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل وإخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه إن كانت مولاة وإن كانت عربية ورثت حقها وورث إخوته لأمه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

(فصل) وقوله ولا يرث أحد أحدا بالشك ولا يرثه إلا باليقين من العلم والشهداء يريد أن يعلم ذلك الشهداء ويشهدوا به ثم يشهدون به وإذا لم يثبت ذلك بشهادة أهل العدل لم يورث بعضهم من بعض

(مسئلة) ويعلمون حياة الوارث حين وفاة الموروث وحياة الموروث قبل وفاته فأما من لم يعلم حياته فلا يرث ولا يورث فإذا ولد مولود فعلمت حياته بصراخه ورث وورث وإن لم يصرخ لم يرث ولم يورث وروى أبو طالب القرشي سئل مالك عن المولود يولد فيتحرك أو يرضع أو يعطس أو يمكث يوما وليلة وهو حي يتنفس ويرضع أو أكثر من يوم وليلة ولم يستهل صارخا أنه لا يرث ولا يورث ولا يصلى عليه والاستهلال الصراخ والبكاء والصياح خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إن حركته دليل على حياته والدليل على ما نقوله أن هذه حركة عريت عن الصراخ فلم تدل على الحياة كالاختلاج (فرع) فأما طول الرضاع فقد تقدم أنه لا يدل على الحياة وقد قال القاضي أبو محمد إن أقام أياما فإنها تثبت بذلك حياته وجه القول الأول أنها حركة عريت عن الصراخ كالمدة القليلة ووجه القول الثاني أن من الحركات ما يشبه الاختلاج فلا يدل على الحياة ومنها ما يدل على الحياة وهذا موجود ومشاهد في الكبير وإنما الجواب عندي في هذه المسئلة أنه لا يوجد ذلك بوجه مع عدم الصراخ وذلك معلوم بالعادة وقد ذكر القاضي أبو محمد أنه اختلف في العطاس (مسئلة) فإن ماتت أمه أو موروثه قبل أن يستهل صارخا ثم استهل صارخا بعد ذلك فقد روى أبو طالب أن الاستهلال ثابت له بصراخه ورجعة الحياة به فيعلم وجود حياته في وقت موت موروثه والله أعلم وأحكم ش

(قال مالك ومن ذلك أيضا الأخوان للأب والأم يموتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ لأبيهما فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فميراث الذي لا ولد له لأخيه لأبيه وليس لبني أخيه لأبيه وأمه شيء * قال مالك ومن ذلك أيضا أن تهلك العمة وابن أخيها أو ابنة الأخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فإن لم يعلم أيهما مات قبل لم يرث العم من ابنة أخيه شيئا ولا يرث ابن الأخ من عمته شيئا) ش [illegible] إن الأخوين [illegible] إذا ماتا ولأحدهما ولد والآخر لا ولد له ولهما أخ لأب [illegible] فميراث الذي لا ولد له لأخيه لأبيه [illegible] ولا يورث أحدهما من الآخر [illegible] أولهما موتا [illegible] والله أعلم وأحكم

[illegible]

ش (قول مالك بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا [illegible] حقها في كتاب الله عز وجل وإخوته لأمه [illegible] وكان ما بقي للمسلمين [illegible] عن سليمان بن يسار [illegible] ولد [illegible]

[illegible]

مات ولم يخلف ولدا يلحق نسبه بالاستلحاق ولم يكن للاستلحاق تأثير ولا معنى وإذا ترك ولدا صح
استلحاقه وثبت نسبه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو نفى الزوج حمل امرأته بلعان فولدت توأمين
فإنهما يتوارثان بأنهما أخوان لأب وأم فإن مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه ورثت أمه الثلث وورث
أخوه الباقي ولو كان لأمه ولد من الزوج الذي نفى هذا الحمل ولاعنه فيه ثم هذا الحمل فمات أحد التوأمين
فإن الولد الذي ولدته حال الزوجية أخو المتوفى لأمه فيرث بذلك السدس وترث أمه السدس وترث
الباقي التوأم معه وأما ولد الزنا فإن أتت مغتصبة أو زانية بولدين توأمين في بطن فإنهما يتوارثان
بالأمومة خاصة والفرق بينهما أن ولد الملاعنة عن وطء بشبهة درأت الحد عنها فلذلك ترث ولدها على ما
قدمناه وأما ولد المغتصبة وولد الزانية فليس في الوطء الذي هما عنه شبهة وإنما هو محض الزنا فليس بينهما
نسب إلا بالأمومة وأما ولد المسبية تخرج من دار الحرب حاملا فإن التوأمين عند المغيرة أخوان
وذكر ابن سحنون في كتاب السير هما أخوان لأم وأب وبه قال القاضي أبو الحسن قال والفرق بين
توأمي الزنا والمغتصبة أنهما ولدان لا يعرف لهما أب الآن فإنه يجوز أن يعرف بعد هذا بخلاف توأمي الزنا
فإنه لا نسب لهما أب بوجه والله أعلم

(فصل) وقوله وورث البقية موالي أمه إن كانت مولاة يريد أنهم عصبته الذين أعتقوا أمه هم من
مواليهم يريد بالولاء لما عدم النسب من قبل أبيه وقوله وإن كانت عربية ورثت حقها وورث
إخوته لأمه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين يريد أن يكون عربية فإنه على أصل الحرية ولو كانت
عربية قد أسرت لكان حكمها ما تقدم وأما الحرة فإن عصبتها لا يستوعبون ولدها وإنما هم أخواله
فلا حق لهم في الميراث وأما الولاء فإن الرجل يرث من نعمة أخيه وابنه لأن له حكم التعصيب والله أعلم
وأحكم (مسئلة) وأما توارث المتلاعنين فإن مات أحدهما قبل تمام اللعان فإن كان الزوج أكمل لعانه
ثم ماتت الزوجة بعد أن شرعت وأكملت الأربع أيمان ولم يبق عليها إلا الخامسة ورث العصبة فإنه
يرثها ولو مات الزوج بعد ما التعن وتم لعانه بالخامسة فإنه قال للمرأة التعني وادرئي عن نفسك العذاب
قالت التعنت ثم بذلك اللعان بينهما ووجب الفرقة ولم ترثه وإن نكلت عن اللعان فإن الميراث من
زوجها وعليها الحد إن كانت بكرا وإن رجمت إن كانت محصنة ووجه ذلك أن تمام اللعان بينهما يوقع الفرقة
ويبطل الميراث والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب العتاقة والولاء)
﴿ من أعتق شركا له في مملوك ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد
فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد
عتق منه ما عتق ﴾ ش قوله من أعتق شركا له في عبد لفظ عام في كل من [illegible] فإن كان العبد بين
مسلمين فأعتق أحدهما حصته قوم عليه الباقي [illegible] وإن كان العبد بين نصرانيين [illegible]
فأعتق أحدهما حصته [illegible] عليه [illegible] وكذلك إذا كان العبد [illegible]
[illegible] العبد المسلم [illegible]
قال الشيخ أبو القاسم [illegible] القاضي أبو محمد [illegible]

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب العتاقة والولاء)
﴿ من أعتق شركا له في مملوك ﴾
* حدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق

تكميل العتق من حقوق الله تعالى والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى قال ووجه ايجاب
التقويم ان في تكميل العتق ثلاثة حقوق أحدها لله تعالى والثاني للشريك والثالث للعبد
فوجب على هذا أن يكمل على النصراني المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصراني
ومسلم وإذا كان العبد نصرانيا لمسلم ونصراني فأعتق حصته المسلم قومت عليه حصة النصراني
وإن أعتق النصراني حصته قال ابن القاسم لا يقوم عليه حصة المسلم لأن العبد النصراني لو كان
جميعه للنصراني فأعتق بعضه أو جميعه لم يحكم عليه بعتقه سحنون وقال مرة يقوم عليه ووجه
ذلك انه حكم بين مسلم ونصراني فطلب فيه حكم الاسلام كما لو كان العبد المسلم لنصراني ومسلم وأما ان
كان العبد النصراني لمسلم ونصراني فابتدأ المسلم العتق فانه يقوم عليه حصة النصراني وان أعتق
النصراني فلا يقوم عليه عند ابن القاسم وأشهب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون
يقوم على من أعتق منهما وجه القول الاول ان العبد المعتق والمبتدئ لعتقه هما نصرانيان فليس
للحاكم الاسلام أن يحكم بينهما ووجه القول الثاني أن الحق في ذلك للشريك وهو مسلم فلزم أن يحكم فيه
بحكم الاسلام (مسئلة) ولو كان العبد لعبد وحر فأعتق العبد حصته في المدونة لا يقوم الا باذن
السيد فإن أذن السيد في ذلك قوم في مال السيد كان للعبد مال أو لم يكن وكذلك لو كان بغير اذنه
ثم أجاز قال سحنون في كتاب ابنه ويستوفي في ذلك مال السيد ان احتيج اليه ثم رقبة العبد
قال سحنون وهو في العبد لأصبغ عن ابن القاسم ولو قال السيد [illegible]
[illegible] ووجه ذلك [illegible] في هذا [illegible] السيد [illegible] الولاد [illegible] والعتق توجب
أن يكون في ماله ثم [illegible] مال العبد كان له ذلك
(فصل) وقوله ان من أعتق شركا له في عبد [illegible] في [illegible] ذلك [illegible] حصته
[illegible] قال مالك سواء أعتق باذن شريكه أو بغير اذنه [illegible] ووجه ذلك انه حق لله
تعالى فلا يجوز اذن السيد فيه
(فصل) وقوله فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه [illegible] وان لم [illegible] العبد
[illegible] حكم التقويم على [illegible] فلو كان معسرا [illegible] أم لا قال
مالك في [illegible] قال ابن القاسم في المدونة
[illegible] بعد ذلك [illegible] قول مالك [illegible]
[illegible] حصة [illegible] شريكه
[illegible] ووجه قول ابن القاسم [illegible] ذلك [illegible] والله
اعلم (مسئلة) ولو كان معسرا [illegible]
[illegible] قال
القاضي أبو محمد رحمه الله [illegible] قوله صلى الله عليه وسلم [illegible] وذلك عام
في جميع الاوقات [illegible]
التقويم كالذي [illegible] العتق ووجه [illegible]
[illegible]
[illegible] (مسئلة) [illegible]
[illegible]

أصحابنا جميعا إلا اليسير فلا يحلف عندهم وجه القول الأول أن ظاهر عدمه يكفي مع ما تقدم فيلزمه أن يحلف لنفي أن أباطنه كالمفلس بالدين ووجه القول الثاني أن هذه عين يشكل عنها لم يسجن ولا قضي عليه بالمال فلا تأثير لها فوجب أن يسقط (مسئلة) قال مالك في الموازية ويباع في ذلك داره وسواره وكسوته من فضول الثياب ويترك له كسوة ظهره وعيشه الأيام قال أشهب إنما يترك له ما يواري به لصلاته قال عبد الملك إنما يترك له ما لا يباع على المفلس ووجه ذلك أن حكمه حكم المفلس بل أشد لتعلق حق العتق به ومن تعلق حق العتق بماله لم يترك له إلا ما يواريه للصلاة كالرهن يلزمه لظهاره (مسئلة) وإن كان له مدبرون أو معتقون إلى أجل فلا حكم للقيمة في مثل هذه لبعده وأما دونه فإن كان على أجل قريب محصور وآمدها أمر يتوقف في ذلك ويتربص به وإن كانت سنة أو أجلها عتب فليس عليه أن يخرج بها منه قال ابن الماجشون وفي كتاب ابن المواز ينظر به ويمنع شريكه من البيع ويتظر له يوما إلا الإضرار به (مسئلة) وفي مراعى حاله قال ابن نافع إنما ينظر إلى حاله يوم التقويم فإن كان له مال قوم عليه وإن كان يوم العتق معسرا وقال مطرف عن مالك إن كان أيسر وهو معسر فإن كان عدمه بينا عند الناس كلهم لم أير فلا يقوم عليه إلا أن يكون العبد غائبا وروي ذلك كله ابن حبيب ووجه القول الأول أن [illegible] العبد إنما يعتبر [illegible] التقويم فكذا لا [illegible] حال العتق

(فصل) وقوله [illegible] قال ويحتمل أن يكون هذا العتق بلفظ العتق ويحتمل أن يكون بسراية [illegible] وقال مالك في العتبية والموازية في عبد بين رجلين قال أحدهما للعبد [illegible] كما لو قال لعبد على جميعه [illegible]

[illegible] ذلك أن ما عتق به الشكل [illegible] البعض [illegible]

(مسئلة) ولا يخلو أن يكون عتق الحر من العبد [illegible] أو مؤجلا فإن كان [illegible] ففي كتاب ابن المواز وابن سحنون [illegible] أيسر [illegible] مالك [illegible]

[illegible]

(فصل) [illegible]

أن يكون له مال يبلغ قيمة ما بقي من العبد فإن كان له مال يبلغ بعض ذلك فقد روى القاضي أبو محمد يقوم عليه من نصيب شريكه بقدر ماله فيعتق عليه ويبقى ما زاد على ذلك لشريكه على حكم الرق قال سحنون إن وجد عنده بعض القيمة عتق منه بقدر ذلك ما لم يكن تافها لا يبلغ مثله لغرمائه من الثوب له والفضل في قوته والشيء الخفيف قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه وذلك أنه يقتضي أن ما يعتق عليه بقيمته يقوم ثم السلطان لا قبل ذلك ومعنى ذلك أن لشريكه أن يعتق حصته إن شاء وقد رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية وروى أشهب عن مالك في المواز به ولو أقام شهرا أو خمسة أشهر فيما كان له أن يعتق ومعنى ذلك إنما يعتق عليه بالحكم لا بالسراية قال القاضي أبو محمد وهو أظهر الروايتين ومعنى ذلك أنه إذا أعتق عليه بالتقويم وقف الشريك أولا فإن أراد أن يعتق فذلك له دون المعتق بالعتق وإن لم يرد المعتق [illegible] قال القاضي أبو محمد [illegible] السادس [illegible] صلى الله [illegible]

[illegible]

ما علم بما ذكر من العيب قاله مالك في العتبية والواضحة وقال ابن المواز لا يوجب الشاهد على العدل يمينا وقال أشهب وابن عبد الحكم يحلف للمتمسك إذا شهد بالعيب غير العدل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قوم عليه لفظ يقتضي أن المبتدئ بالعتق واحد ولو كانا اثنين ابتدآ بالعتق معا فإنه يقوم عليهما فلو كان لأحد الشركاء نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق صاحب الثلث والسدس معا فإن مالكا في الموازية يقوم على كل واحد منهما بقدر ماله فيه كالشفعة في اختلاف الأنصباء قاله سحنون وهو قول ابن القاسم وأشهب قال ابن المواز وقال المغيرة يقوم بينهما نصفين وكان يقول بالأول ثم رجع عنه قال سحنون وبالقول الثاني قال عبد الملك ورواه ابن نافع عن مالك ووجه القول الأول أنه حق يتعلق بالمال لإزالة الضرر عن الشركاء فكان على قدر الأنصباء كالشفعة ووجه القول الثاني أن الموجب للتقويم عليهما الجناية بالعتق وذلك لا يختلف بقلة السهم وكثرته فوجب أن يستويا في ذلك (فرع) فإن كان أحدهما معسرا والآخر موسرا ففي الموازية أن مالكا وأصحابه أجمعوا على أنه يقوم جميعه على الموسر وروى ابن حبيب عن مالك أنه لا يقوم عليه إلا ما كان يقوم عليه لو كان صاحبه موسرا قال ابن حبيب وهو قول جميع المصريين قال ورواه [illegible] عن مالك عبد الملك وقوم من أصحابنا المدنيين ووجه القول الأول أن الموسر إذا انفرد بعتق نصيبه قوم عليه باقي العبد والمعسر لو انفرد بذلك لم يلزمه شيء فلم يكن لجنايته [illegible] تأثير كما لو انفرد كل واحد منهما ووجه القول الثاني أن الجناية موجودة منهما وهي توجب التقويم فلم يقوم على أحدهما إلا على حسب ما [illegible] كما لو كانا مليين (مسألة) ولو أعتق [illegible] وأسقط [illegible] في كتاب ابن حبيب قال مالك [illegible] على الثاني وقال ابن نافع يقوم على الثاني إن كان مليا وعاب ذلك ابن حبيب قال [illegible] ابن نافع لذلك فقال أرأيت إن أراد المتمسك أن [illegible] الضرر وأبى العبد [illegible] ذلك للعبد [illegible] أن ذلك [illegible] العتق [illegible] الأول [illegible] على الثاني [illegible] ووجه قول [illegible] العتق [illegible] المتمسك [illegible]

[illegible] قال مالك في الموازية وروى سحنون [illegible] ابن نافع يقوم [illegible]

[illegible]

قال مالك والأمر المجتمع عليه عندنا في العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهما من الأسهم بعد موته أنه لا يعتق منه إلا ما أعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك أن عتاقة ذلك الشقص إنما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وأن سيده كان مخيرا في ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصي لم يكن للموصي إلا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقي من العبد لأن ماله قد صار لغيره فكيف يعتق من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتدؤوا العتاقة ولا أثبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وإنما صنع ذلك الميت هو الذي [illegible] وأثبت له الولاء [illegible] في ماله [illegible] إلا أن يوصي [illegible] ما بقي منه في ماله [illegible] ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن [illegible] ذلك عليه [illegible] الميت [illegible] في ذلك ضرر

بالقبول فإذا لم يوجد القبول لم يصح الهبة وإذا لم تصح لم يعتق منه شيء

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فأعطى شركاؤه حصصهم يريد والله أعلم أعطى كل واحد منهم بقدر ماله في العبد من القيمة التي لزمت المعتق بالتقويم وأعتق عليه العبد يريد أن العتق يكون له ومعنى ذلك أن ولاء العبد يكون له لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إنما الولاء لمن يعطي الورق ومن جهة أخرى وإنما الولاء لمن أعتق وقد تقدم الأمر أن العتق وإعطاء الورق والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وإلا فقد عتق منه ما عتق ظاهره أنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يصله بحديثه وليس فيما سوى ذلك وكذلك رواه مالك وعبيد الله بن عمر وقال أيوب عن نافع من أعتق نصيبه في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق قال نافع وإلا فقد عتق منه ما عتق قال أيوب لا أدري أشيء قاله نافع أو شيء في الحديث وقول مالك وعبيد الله أولى لأنهما قد جمعا الرواية ولم يشكا ومالك وعبيد الله أثبت في نافع من أيوب وإن كان أيوب [illegible] عن أبي [illegible]

[illegible]

المال ينتقل عنه الى الورثة بموته وليس له منه الا ما تمسك به من ثلثه ولم يتمسك الا بما أوصى بعتقه وقد قال مالك لو رثته باقى العبد فلا يعتق عليهم وهم لا يعتقوا العتق فكان ذلك بمنزلة من أعتق شقصاله من عبد وليس له مال غير ذلك الشقص فان باقيه رق والله أعلم

(فصل) ولو أوصى أن يتم عليه فى ثلثه فقد قال مالك يقوم فى ثلثه ووجه ذلك انه قد تمسك بهذا القدر من ماله فلزم أن يعتق عليه فيه كالحى الغنى

(فصل) وليس لشريكه أن يأبى ذلك ويلزمهم ويلزم ورثته بذلك انه اذا أوصى بذلك لم يكن لورثته الامتناع منه اذ الملك لهم فيه ولا يكون لشريكه الا امتناع منه لانه قد لزمه أن يقومه أو يقوم على الموصى قال سحنون ليس لشريكه أن يعتق نصيبه ولا تقويم وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال وروى مطرف عن مالك ان لشريكه أن يعتق ويلزمه التقويم كما لو أعتق الشريك حصته فاما قول ابن الماجشون فلان هذا أمر قد وجب عتق جميعه فكان لشريكه ابعاد عتق حصته كما لو أبعد عتق ذلك الشقص وهو صحيح والذى رواه مطرف عن مالك يحتمل أن يكون على قول من قال يعتق بالسراية قال سحنون ورأيت رواية لابن وهب عن مالك وهى وهم لا أعرفها اذا ان شريكه تابه يعنى بنصيبه ما لك فقط وباقى الملك للورثة

(فصل) وقوله وذلك ان عتاقة ذلك الشقص انما وجبت بعد وفاة الموصى وكان مجراه فى ذلك مجرى من أوصى بعتق بعض عبده أو بعتق عبد له من بعد سائره لم يعتق منه لانه لا يقوم عليه الآن ولا يعتق الا بعتق سائره لان عتقه بعد لم يلزم وانما لزم بموته من ذلك لان له الرجوع عنه فى حياته (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده فى مرضه كمل عليه باقيه فى ثلثه ولو أوصى [illegible] ثم مات فهو على روايتين احداهما والاخرى بعده وجه الرواية الاولى [illegible] التقويم فى ماله كما لو أعتقه ووجه الرواية الثانية انها وصية بعتق بعض عبد فالعتق انما يقع بعد موته [illegible] وذلك [illegible] قال مالك

[illegible]

قال مالك ولو أعتق الرجل ثلث عبده وهو مريض فبت عتقه عتق عليه كله فى ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لان الذى يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه وان العبد الذى بت سيده عتق ثلثه فى مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه فى ثلثه وذلك ان أمر الميت جائز فى ثلثه كما ان أمر الصحيح جائز فى ماله كله

حيازته فلم يمنع من ضمنه من مطالبته بها ولا تفوت عوضه إلا أنه لما كان من باب البر لم يكن له أن يجاوز
بذلك ثلثه ووجه القول الثاني ما تقدم من قول ابن الماجشون والله أعلم (مسئلة) ومن أعتق
في مرضه عبدا له ولم يحمله الثلث فأجاز بعض الورثة حصته فلا يقوم عليه والولاء للميت رواه ابن
حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك أن الوارث إنما أجاز فعل الميت فلم يدخل ضررا في الملك
وقد روي مطرف عن مالك أن أعتق الوارث نصيبه مما رق منه لم يقوم عليه وله ولاء تلك الحصة
وإن لم يقوم عليه لأنه لم يبتدئ باد خال الضرر وقد تقدمه بذلك الميت كما لو أنه اشتراك ابتدأ أحدهم
بعتق حصته وهو معسر ثم أعتق الثاني وهو موسر فلا يقوم عليه ويأتي على قول ابن نافع أنه يقوم
عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده فقد روى في الموازية أشهب عن مالك
أنه إن لم يتم عليه حتى مات أنه لا يتم عليه باقيه قال سحنون في كتاب ابنه هذا قول أصحابنا ولو
مات مكانه أو أفلس وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن مالك من أعتق بعض عبده
أو شقصا من عبد له فلم يعثر عليه ولم يتم عليه حتى أفلس فلا يتم ما بقي كما لو مات ووجه ذلك أن حق العتق
قد تعلق بالمال فكان بمنزلة حال المعسر بل وأشد لأنه لأن الميت قد عدم والمفلس مطلوب
بحقوق متقدمة ولم يقو عليه [illegible] لأن حق السيد [illegible] أدخل عليه ضررا والله أعلم
وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية من أعتق [illegible] في [illegible] فلم يقوم عليه حتى
مات [illegible] فلا يقوم عليه قال في العتبية [illegible] جميعه من رأس ماله قال سحنون في كتاب
ابنه لا يقوم عليه [illegible] الموازية لأن [illegible] ولم يفرط ولو طال ذلك لم يقوم
في رأس مال الميت ولا [illegible] وروى ابن حبيب عن مطرف مثل رواية أشهب وقال هو كالمصح
يموت ولم [illegible] من رأس ماله وبه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وهو
[illegible]
[illegible]
[illegible] ولا [illegible]
[illegible] من رأس ماله في مرضه وبعد
[illegible] والورثة فلا [illegible]
[illegible] والله أعلم [illegible]
[illegible]
في مرضه [illegible]
[illegible] وروى ابن حبيب
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] وإن صح [illegible]

ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وقال ابن عبد الحكم لا تقويم في مرضه وليؤخر الى ان يموت فيعتق ما بقي في ثلثه أو يصح فيكون من رأس ماله الا أن يعتق الشريك وجه القول الاول ان القيمة تلزمه يوم الحكم فيه لكنه حكم موقوف لعدم الصحة والموت فان صح لزمته تلك القيمة من جميع ماله وان مات لزمت في ثلث ماله وجه القول الثاني انه اذا لم ينفذ العتق الآن فلا معنى لتعجيل التقويم والله أعلم وأحكم

﴿ الشرط في العتق ﴾

ص ﴿ قال مالك من أعتق عبدا له فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حرمته ويثبت ميراثه فليس لسيده أن يشترط عليه مثل ما يشترط على عبده ولا يحمل عليه شيأ من الرق لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشئ من الرق ﴾ ش معنى ذلك ان من بتل عتق عبده معجلا ولم يعلق ذلك بأجل ولا بمحل مع العتق بعده فلا يجوز له في هذا العتق ان يشترط عليه عملا لان ذلك يجر له ان يبقى عليه شيأ من الرق وذلك مخالف للمال المشترط عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فيمن قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره وبه قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وقول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شئ عليه وروى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب الي وروى في العتبية يحيى عن ابن القاسم فيمن قال لعبده أنت حر على ان عليك خمسين دينارا ان العبد مخير ان شاء أن يتبع بها وان كره أن يكون عرما فلا عتاقة له وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه وجه القول الاول ما احتج به من المواز انه أرمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كما له أن يلزمه ذلك لغير حرمة فلم يرد ذلك الحرية الا بصحة واحتج لذلك أصبغ بأن له أن يكرهه على النكاح والبيع وانتزاع المال فكأنه باعه من نفسه ووجه قول ابن القاسم في رواية سحنون أن الدين لم أوقعه بدارهم فلا يلزم ... وجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون ... ولو كان عليه مال ليس عند سيده لزمه الا برضاه (...) وأما ان شرط عليه عملا فان كان قبل العتق مثل أن يقول أنت حر على أن تخدمني سنة فذلك يلزمه قاله ابن القاسم وان كان العمل بعد العتق ثم قال ابن القاسم ان قال لعبده أنت حر واخدمني سنة فهو حر ولا شئ عليه وكذلك لو قال له أنت حر على ان لا تفارقني قال محمد هو حر وشرطه باطل ووجه ذلك على قول مالك من بعد قبل العتق ... بعد العتق بطل ما بقي من الاسترقاق لان العتق مبني على التغليب والسراية ... وكذلك الدين في ... من أحكام الرق لان الدين يثبت على الاحرار ... على وجه ما يشترط ... والله أعلم وأحكم (...) ... و ... كذا والمعنى ... من قرل من ... ذلك له ... أنت حر على ان ... كذا ... ان الماجشون اللفظان ... ويهما الخيار وروى ... ابن القاسم عن مالك ... ولا ... اللفظ ...

﴿ الشرط في العتق ﴾ * قال مالك من أعتق عبدا له فبت عتقه حتى تجوز شهادته وتتم حرمته ويثبت ميراثه فليس لسيده أن يشترط عليه مثل ما يشترط على عبده ولا يحمل عليه شيأ من الرق لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو اذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشئ من الرق

لا يعتق حتى تؤدي ويقبل ذلك العبد ووجه ذلك ان الذي قال له علي أن عليك على العتق شيء يتعجل وهو ثبوت الدين في ذمة العبد والذي قال على ان تؤدي الي أو على ان تعطيني على العتق شيئا لا يوجد بنفس العتق ولا يوجد الا بمعنى مستأنف وربما تعجل الأمة العتق وربما تعذر فكان العتق يتأجل بتأجله (مسئلة) ومن قال لأمته أنت حرة على أن تنكحني فقد قال ابن حبيب عن أصبغ ان أنت لاحرية لها كقوله ان شئت وليس كقوله أنت حرة على ان تنكحيني فلانا ثم تأبى ان العتق ماض في هذه والفرق بينهما أنها ان رضيت بذلك فبنفس العتق تكون مسلمة كقوله على أن عليك عشرة دنانير وقوله على ان تنكحي فلانا فانه شرط عليها عملا يصح له بعد تمام العقد صح ان يتأخر الزمن الطويل وهو اباحة بعضها وقد لا يصح فكان عليه ان يشترط عليها عملا أو حدثا أو يتركه فقوله أنت حرة على أن لا تتزوجي فانها تكون حرة ولا يلزمها الشرط

﴿ من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبي الحسن البصري وعن محمد بن سيرين أن رجلا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبيدا له ستة عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد * قال مالك وبلغني أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم ﴾

* ﴿ من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ﴾

* حدثني مالك عن يحيى ابن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبي الحسن البصري وعن محمد بن سيرين أن رجلا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبيدا له ستة عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد قال مالك وبلغني أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم

وحدثني مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رجلا في امارة ابان بن عثمان أعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر أبان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت أثلاثا ثم أسهم على أيهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على أحد الأثلاث فعتق الثلث الذي وقع عليه السهم

ما جاء فيه الخبر ويحتمل أن يريد بقوله أعتق عبيدا له عند موته أن يعتقهم ليجمع حرية سهم في وجه ويحتمل
قول سحنون فعمل بتلهم وقيل أوصى بعتقهم بينهم يريد بذلك أنه قد بلغته الرواية بأن من وجه يجوز أن له
المعاني فيها فحملها على مسلمين أو على قضيتين فيهما حكمان لأنه لا يمكن فعمل عليهما (مسئلة) فأما
الوصية بعتقهم فلا خلاف يعلم في المذهب في أنه يقرع بينهم بالسهم وأما إن بتلهم في المرض فقد روى
ابن المواز عن ابن القاسم أنه يقرع بينهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقال أبو
زيد وأصبغ والحارث يعتق من كل واحد منهم بغير سهم وإنما السهم في الوصية وإنما وجب الاختلاف
في هذا لاختلاف لفظ الحديث ففي حديث عبد الوهاب أن ما حكم فيه النبي صلى الله عليه وسلم
بالقرعة إنما كان في وصية الأنصاري بعتق ستة أعبد له وروى إسماعيل بن علية وحماد بن زيد
أنه أعتقهم عند موته وذلك يحتمل إيقاع العتق بالقرب من موته ويقوى ظاهره حال المرض ويحتمل
أن يريد به بعد موته والله أعلم وجه القول الأول أن العتق في المرض خارج من الثلث فأشبه الوصية
ووجه القول الثاني أنه عتق لا رجوع له فيه فكان كالعتق في الصحة (فرع) فإذا قلنا إن القرعة
تدخل في العتق فقد روى عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى عن ابن نافع أنه لا يسهم في
إرث من بتل العتق إذا كان للمالك شيء من مال وأما السهمان إذا لم يكن للمالك إلا ذلك الرقيق فقط وقال
ابن نافع وإنما أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في أرقاء الستة الذين أعتقهم بعد موته لأنه لم
يترك مالا غيرهم قال ابن مزين وسمعت مطرفا يقول مثل ذلك فقلت له هو قول مالك فقال والذي
لا يعرف غيره وهو الذي روى ابن المواز عن ابن القاسم أن القرعة لا تكون إلا لمن قال في وصيته
رقيقي أحرار ولم يدع مالا غيرهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن بتلهم في مرضه
أو [illegible] لعتقهم أو أوصى بعتق بعضهم فلم يحملهم الثلث فلا قرعة بينهم كان له مال سواهم أو لم يكن وقد
تقدم من قول سحنون ورواية غيره عن مالك أنه يسهم بينهم إذا ضاق الثلث عنهم وذلك يقتضي أن له
مالا غيرهم وجه قول ابن نافع تعلقه بظاهر حديث إسماعيل بن علية وحماد بن زيد أن رجلا أعتق ستة
مملوكين له عند موته ولا مال له غيرهم ومن جهة المعنى أنه إذا لم يكن له مال غيرهم وأعتق جميعهم لم
يدخل التبعيض في جميعه لأنه بعد الاحتمال فإنما يحتاج إلى القرعة لتمييز من يجوز عتقه ممن لا يجوز
عتقه لحق الورثة وإن كان له مال فقد قصد التبعيض لأنه لم يخرج بالعتق جميع ماله فإذا استوى
في كل واحد منهم لم يخالف صورة ما فعله بعضها من التبعيض ووجه القول الثاني التعلق بلفظ
حديث مالك وليس فيه أنه لا مال له غيرهم فيحمل على القرعة إذا أعتقهم بعد موته وظاهره حال
المرض إذا أوصى فإنما يعتبر في ذلك الثلث والله أعلم وأحكم (فرع) ولو قال رقيقي أحرار
[illegible] في ذلك حكم القرعة وإن قال ثلث كل واحد من رقيقي حر فلم يقرع بينهم [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
إلا إذا أطلق [illegible]
[illegible] ابن القاسم أن العتق [illegible]
كل واحد [illegible] القرعة [illegible] (فرع) [illegible]
[illegible]

نفسهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون سواء سماهم بأسمائهم أو قال رقيقي كلهم أحرار أو
ثلثهم فانه يسهم بينهم كما جاء الخبر قال وكذلك قال لي أصبغ عن ابن القاسم ووجه قول سحنون أن التسمية
تقتضي أن لا يتعدى أحد ممن سمي من العتق لاختلاف أسمائهم التي نص عليها فلا يعدوا اسم من
تلك الأسماء من تناول العتق لاختلاف أسمائهم التي نص عليها واذا لم يسمهم وعلق العتق على العبيد
فان عتق بعضهم لا يحمل بعتق من علقه عليه لانه أوصى بعتق عبيده واذا أعتق بعضهم بالسهم فقد تناول
العتق من يقع عليه هذا الاسم ووجه القول الثاني ان لفظ العبيد اذا أضيف اليه تناول كل عبد له
فكان ذلك بمنزلة أن يسميهم فاذا كان السهم يجري في تسمية عبيده فكذلك اذا سماهم والله أعلم
وأحكم (فرع) ولو قال أعتقوا ثلاثة من رقيقي أو عشرة وهم خمسون أو عشرون فقد قال ابن
المواز يجعل ذلك العدد جزأ من الجملة ووجه ذلك أن العدد من الجملة اذا لم يعين فهو كالجزء منها
فوجب أن يكون حكمه حكمها (فرع) واذا سمى عددا فهلك بعضهم فقد قال ابن المواز يكون
ذلك العدد جزأ من الباقي وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه سواء سمى جزأ أو عددا فانه

﴿القضاء في مال العبد اذا عتق﴾

* حدثني مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول مضت السنة أن العبد اذا أعتق تبعه ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أن العبد اذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله وان لم يشترطه وذلك أن عقد الكتابة هو عقد الولاء اذا تم ذلك وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد انما أولادهما بمنزلة رقابهما ليسوا بمنزلة أموالهما لأن السنة التي لا اختلاف فيها ان العبد اذا عتق تبعه ماله ولم يتبعه ولده وان المكاتب اذا كوتب تبعه ماله ولم يتبعه ولده قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد والمكاتب اذا أفلسا أخذت أموالهما وأمهات أولادهما ولم تؤخذ أولادهما لأنهم ليسوا بأموال لهما

بأموال لهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد إذا بيع واشترط الذي ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد إذا جرح أخذ هو وماله ولم يؤخذ ولده ﴾ ش قوله

مقتضى السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله يريد أن ماله يبقى على ملكه ولا يكون لسيده انتزاعه منه إذا أعتقه ولم يستثن ماله ولا شيأ منه لأن لفظ العتق لم يتناول ماله وإنما قوى ملكه له بخلاف البيع فإنه وإن كان لا يتناول أيضا إلا العبد دون ماله فإنه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله ما للأول فكان الأول أحق به لأن بيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه وذلك جائز له (مسئلة) وهذا حكم عتقه المباشر البتل والوصية لأن الوصية بالعتق عتق فلزم أن يتبع المال المعتق وقال أشهب ليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل إنفاذ عتقه إن كان العتق معجلا وإن كان مؤجلا بعد الموت فقد قال أشهب للورثة انتزاعه ما لم يقرب الأجل وبه قال ابن المواز وقال ابن عبد الحكم ليس للورثة ذلك وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن حكم الورثة حكم الموروث فمن أعتق عبده إلى أجل كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل فكذلك ورثة المعتق إلى أجل (مسئلة) وأما الموصى به إلى أجل لا حل في العتبية من سماع ابن القاسم أن مال العبد للموصى له برقبة العبد بخلاف الهبة والصدقة وفي المواز به من رواية ابن وهب عن مالك لا يتبعه ماله في وصية ولا هبة ولا صدقة ولا بيع ولا رهن إلا في عتق جميعه أو بعضه أو الكتابة أو الجناية قاله ابن القاسم ورجع ابن القاسم في الوصية وجه رواية ابن القاسم في الوصية أنها وصية بالعبد كالوصية بعتقه ووجه رواية ابن وهب وهي رواية أشهب عن مالك في العتبية أنه أخرج العبد إلى مالك فلم يتبعه ماله كالبيع والهبة (فرق) والفرق بين الهبة والوصية على مذهب ابن القاسم أن الهبة إنما يريد المال الواهب وبقول لم أرد انتزاع العبد ماله وأما في الوصية فإنما يريد انتزاع مال العبد الورثة لا الموصى (مسئلة) وأما الهبة في العتبية من رواية أشهب عن مالك فمن وهب عبدا للثواب أو لغير الثواب أو تصدق به فإن ماله لا يتبعه وقال القاضي أبو محمد لم يختلف قول مالك في العتق أنه يتبع العبد ماله وفي البيع أنه لا يتبعه واختلف قوله في الوصية والهبة بغير عوض والصدقة والإسلام في الجناية بعتقه روايتان إحداهما أن ماله يتبعه والثانية لا يتبعه [illegible] لاختلاف تعليل الأصحاب البيع والعتق وقال ابن القاسم [illegible] عن مالك بعوض [illegible] ماله وفي [illegible] أخرجه إلى غير مالك [illegible] ماله [illegible] ماله في الهبة [illegible] لأنه أخرجه [illegible] بغير عوض كالعتق [illegible] إلا أنه أخرجه [illegible] في الهبة أنه أخرجه [illegible] ملكه إلى [illegible] ماله وفي [illegible] أنه يخرجه إلى [illegible] فلذلك [illegible] ماله في الصدقة [illegible] والإسلام [illegible] أخرجه من ملكه إلى [illegible] كالبيع

(فصل) [illegible] ومما يبين أن العبد إذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب [illegible] ماله [illegible] الكتابة [illegible] عبد المولى يريد أنه [illegible] الولاء كالعتق [illegible] عن مالك فهذا حكم العتق والكتابة وأرى [illegible] أن الكتابة [illegible] بعوض وكذلك القطاعة [illegible] المطلق [illegible] وهذا يدل على أن [illegible] ذلك أنه خارج إلى غير مالك [illegible] خارج [illegible] الكتابة [illegible] وأما [illegible] أنه [illegible] مالك [illegible] ماله كالورثة [illegible]

(فصل) [illegible] ليس بمال العبد والمكاتب [illegible] ما كان لهما من ولد لأن الولد [illegible]

بأموال لهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد إذا بيع واشترط الذي ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا أن العبد إذا جرح أخذ هو وماله ولم يؤخذ ولده

المال يريد أن رقبته ملك لغيره وكذلك رقبة ولده وماله ملك له ولذلك إذا أعتق بقي ماله على ملكه وبقي ماله على ملك سيده على حسب ما كان عليه قبل العتق والكتابة وهذا في العتق البتل وكذلك المعتق إلى أجل فيما ولد له قبل العتق فأما ما ولد له بعد العتق فحكمه حكمها لأنه حكم ثبت في الأم فوجب أن يثبت في كل من يلده في المدة مثل الرق والحرية (مسئلة) وأما ولد المدبر فيعتق له ما ولد له قبل موت السيد أو بعده وكذلك المدبرة من أمته ووجه ذلك أنه ولد له بعد عقد لازم يعتق بها فكان حكم الولد حكمها كالمعتق إلى أجل وأم الولد (مسئلة) وأما الموصى بعتقها أو لغيرها فما ولد له قبل موت الموصي فرقيق لورثته لا تتعلق به الوصية وما تلده بعد موته فحكمه حكم أمه رواه ابن عبدوس عن مالك ووجه ذلك ما أشار إليه من أن عقد عتقها قبل موت السيد غير لازم وهو بعد الموت لازم (مسئلة) ومن حلف بحرية أمة له ليفعلن كذا فولدت بعد اليمين وقبل الحنث فهو حر لها قاله مالك وأما ما ولد قبل اليمين فلا يتعلق به اليمين ومعنى ذلك أن العتق المتعلق بها تعلقا لازما لا يخرج منه إلا بفعل ومن تعلقه كان ولدها حرا لها والله أعلم وأحكم

(فصل) قال مالك ومما يبين أن الولد بخلاف المال العبد والمكاتب إذا أفلسا أخذت أموالهما وأمهات أولادهما ولم يؤخذ أولادهما لأنهم ليسوا بأموال لهما ولا يتعلق بهم دين ولذلك يدل على أنه ليس بماله وإن كان من ماله [illegible] وكذلك لو شرط المبتاع ماله لم يكن له ولده [illegible] أن الولد ليس من المال ولا يدخله

(فصل) وقوله وكذلك العبد إذا جرح أخذ هو وماله ولم يؤخذ ولده [illegible] أن المال يتبع العبد [illegible] على إحدى الروايتين [illegible]
والله أعلم وأحكم

ما جاء في عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة

[illegible] ولدت من سيدها فإنه [illegible] ولد له أم ولد [illegible] ولا يستمتع [illegible] وعلم أو موه التي [illegible] إلا [illegible] نكاح [illegible] عن إعادة [illegible] كانت وإن [illegible] وفي كتاب ابن [illegible] ثم رجع إلى العتق [illegible] تكون أم ولد [illegible] ماله [illegible] فرجع بمحل [illegible] أم ولد [illegible]

«عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة»
حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها [illegible] فإذا مات فهي حرة

بارده فلا يرجع اليه كغيرها من زوجته وقال ابن القاسم يحرم عليه بالردة فان تاب ورجعت أم ولده وان قبل عتقت رواه ابن المواز عنه ووجه قول أشهب ما احتج به من قياسه الطلاق ووجه قول ابن القاسم انها لما ثبت له فلا يزول ملكه عنها بردته وانما تبقى من اباحته لسائر رقيقه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وتستمتع بها ريد أن له جماعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع فان الاسم الاستمتاع يستعمل على ذلك كله وجعل له الاستمتاع بها مدة حياته ولم يذكر أن له استخدامها وقال القاضي أبو محمد في معونته له استخدامها فيما يقرب ولا يشق وقال في الاشراف ليس له اجارتها خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله انه نوع من العوض كان يملكه عليها قبل الاستيلاد فلم يملكه بعده كبيع رقبتها

(فصل) وقوله فاذا مات فهي حرة يريد انها تعتق بموته من رأس ماله لا يردها دين ولا غيره لانه لم يكن بقي له فيها الا معنى يختص به وهو الاستمتاع وذلك يحرم عليه بعد تملك الغير فاذا مات لم يبق لغيره فيها تصرف فوجب أن تعتق والله أعلم (مسئلة) واذا اشترى السفيه المحجور عليه أمة فأولدها فارد عليه ما أعطى من ثمنها وهل يكون له بذلك أم ولد أم لا ص ✽ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتته وليدة قد ضربها سيدها بنار أو أصابها بها فأعتقها ✽ ش الاصابة بالنار على ضربين أحدهما العمد والثاني الخطأ فأما العمد فيتقرر في إيجاب العتق وأما الخطأ فلا يتقرر فيه وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ضرب عبدا فيشترط في أمر عتقه على سيده فقد أعتقه قال لا يعتق عليه قال ابن القاسم وانما كان يعتق ما كان على وجه العمد لا على وجه الخطأ يريد أن يقصد فيقع به وأما ان قصد ضربه فأخطأ فأصاب عينه فقأها فلا يعتق عليه قال عيسى ومن ضرب رأس عبده فنزل الماء في عينيه فليس عليه عتقها ووجه ذلك ما تقدم من انه لم يقصد الى ذلك وانما قصد الضرب والله أعلم

وحدثني مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب أتته وليدة قد ضربها سيدها بنار أو أصابها بها فأعتقها

(فصل) وقوله وأما العبد والقصد الى الاذى فهو أن يعذبه بالنار والسيف وعلى ضرب ذلك ضربا شائنا فاحشا يقصد به التشفي والعقوبة وان لم يبلغ ذلك لم يعتق عليه وقال ابن القاسم وقد روى ابن وهب عن مالك فيمن أحرق عبده بالنار أو قطع شيئا من أعضائه عتق عليه قال عيسى بن دينار ورواه ابن المواز عن أشهب وقاله أصحابنا في ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان من مثل بعبده عتق عليه والرواية صحيح والله أعلم وروي ان رجلا من روح بن زنباع بن أسد جاء الى عمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد خصى غلاما له فأعتقه النبي صلى الله عليه وسلم بالمثلة ومن جهة المعنى قال القاضي أبو محمد ان هذا وجه يعتبر معارضته كالمثل في العبد والعراف (فرع) ومن أتى بما يعد مثلة وأوجب تكميله فاتلف عضوا فقد قال أشهب وابن وهب وأصبغ يعتق عليه قال أصبغ فاما لو قطع ذلك في ذراعه أو باطن جسده فانه لا يعتق عليه ومعنى ذلك ان الوجه والسن والأنامل الذراع أو باطن الجسد فهو خرق يعمل واليسير منه يجري ذلك ففيه فاحش فالذي فيه وجهه فان ذلك ثابت على ما يعده الناس وقد قال ابن القاسم عن مالك في العتبية عن ابن وهب يعتق عليه وقال أشهب لا يعتق عليه ووجه قول ابن وهب ما فيه من المثلة والتشويه وعار الفساد ووجه قول أشهب انه انما يعده الناس على وجه الحال بما فيه من المثلة والتشويه وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ انه عتق عليه (مسئلة) ومن قطع

[illegible] اليد أو الرجل فقد روى أشهب عن مالك من عبد لعظ أنملة أو طرف أذن أو أرنبة أو قطع بعض الجسد فإنه يعتق عليه ويعاقب قال أشهب ويسجن وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ من قطع طرف أنملة عبده أو قطع طرف أذنه أو شرف أذنه أعتق عليه ووجه هذا كله أنه أتى على وجه العمد ما فيه نقص من الخلقة وشين فيعتق عليه (فرع) وهذا فيما بان من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع قال ابن القاسم عن أشهب وأما ما يعود من الجراح فليس عليه وهذا القول والله أعلم فيما عاد على غير شين وأما ما عاد على شين فاحش فقد تقدم فيه القول في حرق النار وأما قطع العضو فهو شين في نفسه فلا يحتاج من الشين إلى أكثر من ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما قلع الأسنان فقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك أنه مثله يوجب العتق وكذلك قال ابن القاسم في حل الأسنان وأما الضرس الواحدة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن من قلع ضرسا أو سنه عتق عليه وقال أصبغ لا أرى ذلك إلا في حل الأسنان أو الأضراس وأما السن الواحدة أو الضرس الواحدة فلا وجه قول ابن الماجشون أن السن الواحدة بعض عضو كالأنملة ووجه قول أصبغ أن السن الواحدة ليس فيها شين ظاهر ولا نقص [illegible] (فرع) ومن سحل أسنان عبده فقد روى عن مالك أنه عتق عليه [illegible] ذلك من بعض الأعضاء لأن سحل الأسنان [illegible] وأما ان سحل له [illegible] واحدة ففي المواز [illegible] دينار أنه يعتق [illegible] وقال أصبغ لا يعتق [illegible] في السن الواحدة [illegible]
من قلع له سنا واحدة [illegible] (مسئلة) وأما حلق الرأس واللحية فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون [illegible] في حلق الرأس واللحية [illegible] قال ابن المواز [illegible] بعل ذلك [illegible] أو حلق رأس جارية [illegible] قال مالك [illegible] رواية ابن الماجشون [illegible]
[illegible]
[illegible]

عتقه ووجه القول الأول أن هذا أحد ولو كان يخاف منه الهلاك لما أخذه من أراد استبقاء حياته فلذلك مكن من ضربه وإنما منع من الضرب الذي يخاف عليه منه ووجه القول الثاني ما احتج به أصبغ أنه قد يخاف عليه منه العطب فلا يمكن من ضربه ولا يعجل عتقه

(فصل) ومن أعتق على سيده بالمثلة فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم لا يعتق إلا بالحكم وقال أشهب بالمثلة يصير حرا وإن مات السيد قبل أن يعلم به فهو من رأس ماله وقال ابن عبد الحكم أما المثلة المشهورة لا شك فيها فهو حر بنفس المثلة وأما ما يشك فيه فلا يعتق إلا بحكم كالابتلاء بالسن فأخذه من وهب اليمين وأما ما يدخل عليه بسبب فقد يقوم الحكم قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى أنه فعل يستحق به العتق إلى حكم كبعض العتق ووجه الرواية الثانية أنه معنى يوجب عتق عبده فوجب أن يقع العتق بوجوده أصل ذلك شراء من يعتق عليه فيحتمل أن تكون الوليدة التي أعتقها عمر بن الخطاب بعد ما ضربها صاحبها ضربا شديدا حكم بحريتها ويحتمل أن يكون أخبر بوقوع العتق عليها حين الضرب وحكم بإخراجها عن يده وملكها أمرها والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن مثل بعبده أو امرأته فادعى الخطأ وادعى العبد أو المرأة العمد فقال سحنون في العتبية القول قول العبد والمرأة قال ثم رجع فقال القول قول الزوج والسيد حتى يظهر العداء ووجه القول الأول أنه ضربه عمدا وإنما ادعى أنه لم يقصد المثلة ولم يأذن له العبد ولا المرأة في ذلك الضرب فكان ما تولد منه محمولا على العمد ووجه القول الثاني أن ابتداء فعل مباح فلم يضمن [illegible] إلا أن [illegible] كالطبيب (مسئلة) وأما من مثل الذمي بعبده النصراني ففي كتاب ابن سحنون قال أشهب يعتق عليه بالمثلة ولو كان معاهدا حربيا لم يعتق عليه وقال ابن القاسم لا يعتق على الذمي إلا أن يمثل به بعدما أسلم العبد وقاله سحنون في العتبية ووجه قول أشهب أنه [illegible] أحكام الإسلام في التظالم كالمسلم ووجه قول ابن القاسم أنه حكم يختلف [illegible] فوجب أن يحملوا فيه على شرائعهم وإن كان العبد مسلما غلب حكم الإسلام (مسئلة) وإذا مثل السفيه بعبده فقد روى ابن المواز عن أصبغ قال ابن القاسم يعتق عليه وبه قال ابن وهب وأشهب ثم رجع ابن القاسم فقال لا يعتق عليه وكذلك روى عنه يحيى بن يحيى في العتبية وابن حبيب في الواضحة وجه القول الأول أنه فعل يستحق به الحكم فكان حكم السفيه فيه حكم المالك لأمره كالإتلاف ووجه القول الثاني ما احتج ابن القاسم أن كل من لا يجوز عتقه لا يعتق عليه بالمثلة كالصغير ومن يجوز [illegible] الذي يعتق عليه بالمثلة (مسئلة) وإذا مثلت ذات الزوج بعبدها فقد قال ابن [illegible] في العتبية يعتق عليها رضي الزوج أو كره وقال سحنون لا يعتق إلا أن كان أكثر من الثلث رواه عن ابن القاسم وكذلك اختلفوا في المديان والعبد فقال أشهب يعتق على العبد الحر [illegible] المثلة وروى ابن القاسم أنه لا يعتق بالمثلة على العبد ولا على المديان [illegible] على السفيه وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في المريض يمثل بعبده أنه يعتق عليه [illegible] فإن صح [illegible] رأس ماله وإن مات [illegible] (فرع) [illegible] روى ابن [illegible] عن ابن [illegible] عليه بالمثلة ولا [illegible] ماله وروى ابن المواز [illegible] ووجه القول الأول [illegible] ووجه القول الثاني أنه [illegible] كالحر [illegible] (مسئلة) ومن مثل بعبد من له حق في ماله في الإقرار به للمالك [illegible] من مثل بعبد له أولاد ولده أعتق عليه ومن مثل بعبد ابنه الصغير أعتق عليه وغرم [illegible]

أشكل بعدار وجمعهم ماعمه الا أن تكون مثله مفسدة فانه يعتق و يوقف العفة كعبد الأجنبي

ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا يجوز رهنا مرجل وعليه دين محيط بماله وانه لا يجوز عتاقة الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم وأنه لا يجوز عتاقة المولى عليه في ماله وان بلغ الحلم حتى يلي ماله * ش وهذا كما قال ان من أحاط الدين بماله فانه لا يبتدئ عتق عبده فان فعل ذلك وأعتق عبده فان للغرماء رد ذلك بحكم حاكم وليس لهم رده دون الامام فان ردوه وباعوه في المولى به رد الامام بيعهم ويعتقهم ومعنى ذلك أنه يردهم الى الحالة التي كانوا عليها ثم ينظر في أمرهم فان كان ...... العدم رد عتقهم ووجه ذلك انه حكم بين الغرماء والعبد فليس له ان ...... والنظر فيه وانما عتقه دونهم (مسئلة) وان أمسك الغرماء عن القيام في ذلك بعد العتق قال ابن ...... الحكم ان قام الغرماء بعد ثلاث سنين أو أربع وهو في البلد وقالوا لم نعلم فذلك لهم كانوا ...... حتى تقوم بينة انهم علموا وأما في أكثر من أربع سنين فلا ...... وقال مالك في ...... ان طال الزمان حتى يوارث الأحرار و ...... الشهادة ونحوه ...... بالحرية ونبتت له أحكامها بالموارثة وقبول الشهادة ولم يعرض من ذلك الغرماء ...... محمول على ...... وقال أصبغ ان ذلك انما في الطول الذي ...... الدين ...... ولو ...... الغرماء ...... ولو ولد ...... ولدا (فرع) ولو قال الغريم ...... أن الدين لا يحيط ...... وقال أصبغ ...... لا يرد الدين ...... الغرماء ...... وحده (مسئلة) ...... العرماء ...... مالك ...... ولو رده الامام ...... كتاب ...... السلطان بالعتق وان لم ...... السلطان ...... بحكم ...... العتق ...... كان العتق في كله

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا يجوز رهناه رجل وعليه دين محيط بماله وأنه لا يجوز عتاق الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم وأنه لا يجوز عتاقة المولى عليه في ماله وان بلغ الحلم حتى يلي ماله

أن يكون به علامات الاحتلام موجودة وهي الإنبات أو السن وذلك أن الحكم إذا كان بين الصبي وغيره من الآدميين ووجدت به علامات البلوغ حكم له بحكم الرجال البالغين وذلك أن يوجد قد أنبت

(فصل) وقوله ولا يجوز عتاقة المولى عليه في ماله وإن بلغ الحلم يريد أن السفيه لا يجوز عتقه لا سيما إذا كان مولى عليه ممنوعا من التصرف في ماله لأن ذلك حكم برد أفعاله وأما إن كان غير مولى ففي العتبية والموازية عن مالك في السفيه يلي ماله أنه يجوز عتقه وروى زياد عن مالك أن السفيه أفعاله جائزة حتى يحجر عليه وهذا قول أصحاب مالك إلا ابن القاسم فإنه قال في الذي سفهه بين يحجر على مثله لا يجوز أمره وجه قول مالك أنه غير محجور عليه فجازت أفعاله كالرشيد وذلك أن عدم الحجر حكم بإطلاقه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به أن حاله حال من يحجر عليه وإنما أخطأ الحاكم في ترك الحجر عليه وذلك لا يبيح ماله (مسئلة) فإذا قلنا إن عتق المولى عليه غير جائز فقد قال مالك في الموازية إنه لا يجوز عتقه وإن أجازه وليه ووجه ذلك أنه ليس لوليه إتلاف ماله فإن رشد فقد روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم له رده إذا رشد كالصبي وقال ابن القاسم إذا لم يرد عتقه حتى رشد والعبد في يده لم يلزمه عتقه وإن كان زال عن يده وولي به بعد تركه وأمضى عتقه فذلك يلزمه إذا كان بعد رشده (مسئلة) وأما عتق السفيه أم ولده فقد روى ابن المواز أجمع مالك وأصحابه أن عتق السفيه لأم ولده لازم جائز وروى ابن حبيب عن أشهب عن المغيرة وابن نافع أن عتقه أم ولد لا يجوز بخلاف طلاقه ووجه القول الأول أنه ليس له فيها إلا الاستمتاع فجازت إزالته كالطلاق ووجه القول الثاني أنه عتق فلم يصح منه كعتق عبده (فرع) فإذا قلنا يلزمه العتق فهل يتبعها مالها قال ابن القاسم ولا يتبعها مالها إلا التافه قال سحنون كان قليلا أو كثيرا وفي العتبية والموازية لا يختلف عن مالك يتبعها مالها إن لم يستثنه ووجه القول الأول أنه سفيه فلا سبيل له إلى إزالة ملكه عن ماله بالقول بغير عوض ووجه القول الثاني أن المال تبع لإزالة ملكه من الرقبة فإذا جازت إزالة ملكه عن العين تبعها المال كالوطء وذلك في المهر والزوجة ولأن المال إنما كان لأم الولد ولم ينتزعه بالعتق

﴿ ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة ﴾

ص ﴿ مالك عن هلال بن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الحكم أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إن جارية لي كانت ترعى غنما لي فجئتها وقد فقدت شاة من الغنم فسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بني آدم فلطمت وجهها وعلي رقبة أفأعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت في السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها ﴾ مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة فإن كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا إله إلا الله فقالت نعم قال أتشهدين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أتوقنين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها ﴾ ش قال عيسى بن دينار وغيره [illegible] الأسف [illegible] فأسفت عليها [illegible] قال عيسى [illegible] إذا [illegible] وقوله وكنت من بني آدم يعني أنه يدركه من الأسف ما يدرك [illegible]

﴿ ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة ﴾

وحدثني مالك عن هلال ابن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الحكم أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إن جارية لي كانت ترعى غنما لي فجئتها وقد فقدت شاة من الغنم فسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنت من بني آدم فلطمت وجهها وعلي رقبة أفأعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت في السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها . وحدثني مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ابن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة فإن كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدين أن لا إله إلا الله فقالت نعم قال أتشهدين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أتوقنين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها

قلت فلطمت وجهها وعلى رقبة يحتمل أن يريد أن عليه رقبة يلطمه اياها ان كان قد شج وجهها ويحتمل أن يريد أن عليه رقبة من معنى آخر ككفارة أو غيرها فأراد أن يعتقها العتق في ذلك لما يريد المناس ادلالها وسؤال النبي صلى الله عليه وسلم لها عن معاني الايمان يقتضي ان الرقبة كانت واجبة عليه من كفارة تشترط فيها الايمان لان العتق للتطوع لا يعتبر فيه الايمان

(فصل) وقوله للجارية أين الله فقالت في السماء لعلها تريد وصفه بالعلو وبذلك يوصف كل من شأنه العلو فيقال مكان فلان في السماء بمعنى علو حاله ورفعته وشرفه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لها من أنا فقالت رسول الله يقتضي أن الايمان لا يتبعض ولا يصح الايمان بالله مع الكفر بمحمد صلى الله عليه وسلم [illegible]

[illegible]

ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة

[illegible]

* وحدثني مالك انه بلغه عن المقبري انه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون عليه رقبة هل يعتق فيها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك يجزئ عنه * وحدثني مالك انه بلغه عن فضالة بن عبيد الانصاري وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الرجل تكون عليه رقبة هل يجوز له أن يعتق ولد زنا قال نعم ذلك يجزئ عنه

* ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة *

* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقبة الواجبة هل تشترى بشرط فقال لا قال مالك وذلك أحسن ما سمعت في الرقاب الواجبة انه لا يشتريها الذي يعتقها فيما وجب عليه بشرط على أن يعتقها لانه اذا فعل ذلك فليست برقبة تامة لانه يضع من ثمنها للذي يشترط من عتقها

عتق رقبة أخرى وإن كان جاهلا لا علم له بظن فإن كان اشتراها فقهاء دون بعض فلا شيء عليه وإن كان
وضع له من الثمن شيء لم يجزه وعليه رقبة أخرى لأنه لم يعتق رقبة تامة قال عيسى وبلغني عن ابن كنانة
أنه قال إن كان جاهلا لم يؤمر بالإعادة وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع لا يجزئه ووجه قول ابن القاسم
من أجاز الخلاف وأنه من اعتقد في ذلك ما يعتقده من أنه لا يجزي فقد فعل ذلك فقد دخل على أنها
لا تجزئه ومن كان يعتقد أجزاء ذلك فهو قول قوم من أهل العلم لم ينكر عليه ما اعتقده ووجه قول
ابن نافع أن الحكم في الأمور الدينية إنما يجري على قول المفتي والحاكم فلزم ذلك سائر الناس
بالسوية إن استفتوه وبالحكم بذلك إذا كان مما يفتقر إلى حكم حاكم وقد روى ابن المواز عن
مالك أنه اختلف قوله فيمن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أو غير واجب فقال مرة يعتق بنيته
وإن كره قال أبو محمد يريد ولا يجزئه عن الواجب إذا اشتراه بشرط العتق قال محمد ثم رجع مالك
فقال لا يعتق عليه إلا أن يشترطه على إيجاب العتق وقاله ابن القاسم قال محمد والإيجاب على أنه حر لا على
أن يعتقه فوجه القول الأول أنه عقد بيع عقد على شرط جائز على وجه اللزوم فوجب أن يلزمه كما
لو شرط زيادة في الثمن أو عملا ولأن المشتري ملك العقد بهذا الشرط وعلى هذا الوجه فليس له
الانتقال إلى غيره ووجه القول الثاني أن الشراء قد وقع على وجه تقرر الملك ثم يثبت بعد
ذلك العتق ووجوب العتق ينافي تقرر الملك فلذلك كان له الإمساك عن العتق ولأن البائع علق
العتق بفعل المشتري ولم يشترط وقوعه من الملك فاقتضى ذلك أن يكون موقوفا على اختيار
المشتري وحكم ما باعه دون ما باع غيره (فرع) وإذا قلنا إن للمشتري الإمساك من عتقه فلا
يخلو أن يقوم عليه البائع أو يمسك عنه فإن قام عليه فإن له أن يطلبه بالعتق أو الرد قاله ابن عبد الحكم
عن مالك ووجه ذلك أنه لما شرط شرطا جائزا كان له أن يطلب به فإما أن يوفيه إياه وإما أن يرد إليه
البيع (فرع) وإذا كان العبد بعينه وقام الغرماء بعيب البيع فإن أدركه عتق وذلك بعيب
البيع بأن يشتريه فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك للبائع أن يأخذ بعينه أو يترك شرطه وقال
ابن القاسم إن فات بعيب البيع فإن أدركه عتق أو حمله عتق مفسد فلا شيء على المبتاع إلا أن
يمضي للبيع [illegible] فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك على المبتاع قيمته يوم البيع بلا شرط إن لم يكن
[illegible] يرد إليه [illegible] ومسألة قال ابن القاسم في وجوب الرد ملغى الشرط ووجه ذلك أنه
لما كان المشتري إن شاء أعتق وإن شاء أمسك فكان للبائع المطالبة بالعتق أو بنقض البيع فإذا أمكنه
البيع وعلى [illegible] هذا الوجه فإنما هو في مدة الخيار المطلق فهو من البائع إن اختار ارتجاع
العبد والبائع له خيار [illegible] إمضاء البيع أو رده فإن مضت مدة لا يصح مثلها الخيار في الرد فإن لم
البائع ترك المبتاع العتق ولم يعترض [illegible] لزمه البيع وبطل شرطه من الثمن ولا شيء له من
زيادة الثمن ولا يلزم المبتاع عتقه قال ابن القاسم فإن لم يعلم به على شرطه ولما فات ارتجاع العبد
عاد حقه من العتق على المبتاع [illegible] بدون شرط لما اعتدى به من منع العتق وهذا إنما كان الدين
أكثر من الثمن فإن كانت أقل من الثمن فلا رجوع على البائع لأن المشتري قد رضي بذلك الثمن
بالشرط فلا يطالب [illegible] بالشرط (فرع) وإذا فات العبد بعد الشراء ولم يعتقه [illegible] فإن عيب
[illegible] أو طول زمان [illegible] اشترى عن ظهار أو غيره واجب [illegible] إن كان
العتق الذي [illegible] لا يمنع الإجزاء [illegible] في ذلك [illegible]
فإذا أعتقه بذلك المشتري لزمه عتقه دون شرط العتق وأجزأه ووجه ذلك أن [illegible] الظاهر

[illegible] ولو كان الإمام [illegible] يعطى [illegible] إلا كان البائع المعلم بترك

العتق لزم المشتري عتقه دون شرط وتعزير لشكه فعليه شأنها من الشرط فاذا أعتقه حسبت عن

ظهار أو غيره واجب أجزأه (مسئلة) ومن أوصى بشراء عبد بعينه ليعتق فليشتر على شرط البراءة

ولا يشتري بعهدة الثلاث رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك أن العهدة إنما هي ليعلم سلامته

من عيب لا يمنع وجوده صحة عتقه عن ظهار ولا غيره فلم يحتج إليها فيما يشترى للعتق وقد قال مالك فيمن

أوصى بعتق عبد معين فمرض العبد مرضا شديدا أنه يعتق إذا اجتمع المال ولا يؤخر لمرضه والله أعلم

وأحكم ص ﴿ قال مالك ولا بأس أن يشتري الرقبة في التطوع ويشترط أن يعتقها ﴾ ش

وهذا على ما قال إنه من اشترى رقبة تطوعا بشرط العتق أجزأه ذلك لأن الرقبة لم [illegible] وإنما

[illegible] يعتق ما ملك منها سواء كان ذلك جميعها أو بعضها ومن أمر غيره أن يشتري له رقبة يعتقها

للتطوع [illegible] المأمور له في ثمنها [illegible] (مسئلة) والموصى إذا اشترى رقبة التطوع

واشترط العتق لم [illegible] إذا كان [illegible] وصيته قاله مالك ص ﴿ قال مالك إن أحسن ما سمع

في الرقاب الواجبة أنه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد

ولا معتق إلى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودي والمجوسي تطوعا لأن الله تبارك

وتعالى قال في كتابه فإما منا بعد وإما فداء فالمن العتاقة ﴾ قال مالك فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله

في الكتاب فإنه لا يعتق فيها إلا رقبة مؤمنة ﴾ قال مالك وكذلك في إطعام المساكين في الكفارات

لا ينبغي أن يطعم فيها إلا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الإسلام ﴾ ش وهذا على ما ذكر

أنه لا يعتق في الرقاب الواجبة يهودي ولا نصراني ولا يعتق إلا مؤمن لأن الله تعالى قال في كتابه ومن

[illegible] أهل العلم [illegible] الكفارات على [illegible]

[illegible]

[illegible] روى ابن [illegible]

[illegible] أجزأه وقال أشهب لا يجزئه حتى

[illegible] الإسلام [illegible] أهل الأوثان

[illegible] كان لا [illegible] ويحمل على

[illegible]

[illegible]

[illegible] لأن الإعتاق

[illegible]

[illegible] فلا يجوز لأن

[illegible] وقول محمد

[illegible] ذلك (مسئلة) ويجوز

[illegible] رواه [illegible] المواز

[illegible] إلا [illegible]

[illegible] فرع المسائل

[illegible]

* قال مالك ولا بأس أن يشتري الرقبة في التطوع ويشترط أن يعتقها * قال مالك إن أحسن ما سمع في الرقاب الواجبة أنه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق إلى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودي والمجوسي تطوعا لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فإما منا بعد وإما فداء فالمن العتاقة فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فلا يعتق فيها إلا رقبة مؤمنة * قال مالك وكذلك في إطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي أن يطعم فيها إلا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الإسلام

(فصل) - وقوله ولا تعتق فيها مكاتب يقتضي أن المكاتب على ضربين أحدهما أن يكاتبه ثم يعتقه عن ظهاره والثاني أن يشتري مكاتبا ثم يعتقه عن ظهاره فأما الذي يعتقه بعد مكاتبته فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يجزي في الرقاب الواجبة مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى أجل ولا معتق بعضه ولا ممثل به ولا من يعتق بالقرابة ووجه ذلك أن كل واحد منهم قد تعلق به عتق ليس للسيد رده فليس له صرفه الى وجه آخر وجب عليه (مسئلة) وهذا فيمن كاتبه هو أو دبره فان كاتبه غيره فاشتراه هو ثم أعتقه عن ظهاره فقد روى ابن المواز عن أصبغ لا يجزئه في قول مالك الاول الذي قال يرد عتقه ويفسخ البيع وفي قوله الآخر يجزئه وبه قال أشهب وفي قوله الآخر يجزئه لانه جعل عتقه فوتا ولم يرده قال ابن المواز وهذا أحب الي قال ابن القاسم وأما بيعه لمكاتبه فلا يجزئنا (مسئلة) ومن اشترى مدبرا كتبه المالك بعد موته فأعتقه عن واجب أجزأه قاله ابن القاسم واختاره ابن المواز وقال أشهب لا يجزئه (مسئلة) ولا يجوز في الرقاب الواجبة عتق عبد من يعتق عليه قاله أصبغ في الموازية ووجه ذلك ما قدمناه من أنه يلزمه عتق لا يقدر على ازالة عتقه لغير هذا الوجه فلم يكن له صرفه الى غيره وقد قال محمد بن عبد الحكم بن قال لله علي عتق عبدي فلان ثم أعتقه عن ظهاره فلا يجزئه عن ظهاره ولا في غيره ومعنى ذلك أنه لم يقصد بذلك بذره وقصد بالعتق عن ظهاره والله أعلم (مسئلة) ومن اشترى زوجته أمة حاملا من واجب فان لم يكن حملا منه أجزأه وان كانت حاملا منه لم يجزه لانها صارت بالشراء أم ولد قاله ابن القاسم في العتبية قال محمد وهو قول مالك وأصحابه وقال أشهب لا تكون أم ولد ويجزئه ان كانت يوم الشراء حاملا فان نظر فادا وضعته لاقل من ستة أشهر من يوم الشراء أجزأه وان وضعته لاكثر لم يجزئه لانها بعد الشراء حملت به وقد تقدم توجيه ذلك والله الموفق للصواب برحمته

(فصل) وقوله ولا أرى أن يعتق اليهودي والنصراني والمجوسي في شيء من الكفارات يريد لعتق الواجب [illegible] لم يشترط فيه الايمان بالتلاوة لان الله تعالى قال فتحرير رقبة وأما التطوع والنذر والعتق وهذا كان فيه تحرير رقبة وان كانت المطلقة فوقعا على المؤمن الا أن اسم العتق أحسن ما يتقدم المالك [illegible] [illegible] ابن القاسم [illegible] الاسلام يرى محمد بن [illegible] [illegible] والنذر أو التطوع أو الايمان بالكفارات أو عند الله

﴿ عتق الحي عن الميت ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الانصاري أن أمه أرادت أن توصي ثم أخرت ذلك الى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها أن أعتق عنها فقال القاسم ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أمي هلكت فهل ينفعها أن أعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ﴾ مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال توفي عبد الرحمن بن أبي بكر في يوم نامه فأعتقت عنه عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رقابا كثيرة قال مالك وهذا أحب ما سمعت الي في ذلك ﴾ ش ومعنى ذلك أن العتق على الميت [illegible] في جواره فأما من أراد [illegible] فقال مالك اذا أبى الامام [illegible] عن رجل بمال من واجب بأمره أو بغير أمره أجزأه وكذلك ان أطعم عنه أو كسا وكذلك كفارة [illegible] عن الميت وقال أشهب يجزئه بأمره وبغير أمره [illegible] الأمر يمكن كما لو أعطاه على ذلك [illegible] أن يفرق بينهما [illegible]

﴿ عتق الحي عن الميت ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الانصاري ان أمه أرادت أن توصي ثم أخرت ذلك الى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها ان أعتق عنها فقال القاسم ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أمي هلكت فهل ينفعها أن أعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم
وحدثني مالك عن يحيى ابن سعيد انه قال توفي عبد الرحمن بن أبي بكر في نوم نامه فأعتقت عنه عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رقابا كثيرة قال مالك وهذا أحب ما سمعت الي في ذلك

أو اشترى المعتق عنه من يعتق عليه أجزأه ما لم يوص الميت بعينه ... ولا يجزئه ولا يجزئ في
الحي أن يشتري ويعتق عنه من طهارة من يعتق عليه بالملك (مسئلة) ولو أعطاه عوضا على أن
يعتق عنه لم يجزه قاله مالك وابن القاسم ومعنى ذلك أنه من باب الشراء بشرط العتق وقد قال مالك
إن اشترى الوصي الرقبة الواجبة بشرط العتق ضمن ولم يجزه (مسئلة) وأما في التطوع فيشتري
له من يعتق عليه في حياته والعتق عنه على ضربين أحدهما ابتداء فإن أعتق عنه من مؤمن أو
كافر أو ناقص الخلقة أو كاملها فذلك جائز وأما إن أوصى بذلك فقد قال أشهب إن اشترى الوصي
في التطوع نصرانيا ضمن علم بذلك أو لم يعلم ومعنى ذلك أن كفرها ينافيها فليس له وقد أوصى
على الإطلاق الذي يقتضي السلامة أن لا يشتري له معيبا (فرع) ومن أعتق عن رجل عن غيره
في كفارة لزمته ولاؤه له

فصل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا

ش (مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها
عند أهلها ومالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه) ش قوله صلى الله عليه وسلم
[illegible] يحتمل أن يكون ذلك على وجهين أحدهما أن يريد في الثمن على
[illegible] أنه لا اعتبار به إلا أن يأتي
[illegible] المبت أوصى بذلك أو لم يعين ثمنها (مسئلة)
[illegible] النبي صلى الله عليه وسلم ... على أن أفضل
[illegible] أن يعتق ... السلام ... إذا
[illegible] والإسلام ... أن
[illegible] الكبيرة الثمن أفضل وإن كانت
[illegible] أحدهما أنه ... أعلى ثمنا
[illegible] صلى الله عليه وسلم ... أعلاها ثمنا
[illegible] في الإسلام
[illegible] الإسلام ... رقبة
[illegible] وروى ... ابن القاسم
[illegible] على ...

[illegible]

[illegible] أنها ... أنت
[illegible] أنك
[illegible] أولادها
[illegible] لهو ذلك

فصل فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا
* حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها * وحدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه
مصير الولاء لمن أعتق
حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت جاءت بريرة [illegible]

فأبوا عليّ الا أن يكون الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألها فأخبرته عائشة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيعكها على أن ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن أعتق * مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة ان أحب أهلك أن أصب لهم ثمنك صبة واحدة وأعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لأهلها فقالوا الا أن يكون ولاؤك لنا قال يحيى بن سعيد فزعمت عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق (ش) قول بريرة كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية يقتضي أن الكتابة على النجوم جائزة وتكون الكتابة [illegible] وما [illegible] في كل عام [illegible] ولهذا [illegible] داخل على جواز [illegible] وأحد صفات [illegible] لمؤدّي [illegible] وأما الصفات [illegible] من الركوات [illegible] المكاتب [illegible] واما ان عطي [illegible] بريرة [illegible] ما يدل على ركاة ولا على [illegible] العون على الاداء

(فصل) وقول عائشة ان أحب أهلك أن أعدها لهم [illegible] ويكون لي ولاؤك [illegible] يكون على معنى [illegible] الكتابة [illegible] من الاداء [illegible] أن يكون [illegible] الاداء أو رجوعها الى الرق قال ابن [illegible] كيف جاز لها [illegible] يحمله على انها عجزت وقاله يحيى بن [illegible] فقال [illegible] بالعتق [illegible] من الكتابة ووجه القول الثاني ان العتق انما [illegible] للكتابة [illegible] الكتابة [illegible] لازم ولا ينقض الا بالعجز عن الاداء [illegible] الاداء [illegible] أن تعجز نفسه [illegible] أهلها عليها لا [illegible] السؤال [illegible] بالعجز [illegible] الذي [illegible] اذا [illegible] عائشة [illegible] يكون الولاء لها [illegible]

(فصل) وقد ذكرت ان أهلها أبوا الا أن يكون لهم الولاء [illegible] الكتابة [illegible] الرقبة وذلك ان [illegible] الرقبة [illegible] لمن كان [illegible] أنهم قد أرادوا [illegible] الرقبة [illegible] الكتابة [illegible] اشتراط الولاء لهم [illegible]

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء [illegible] اشتراط [illegible]

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن أعتق * وحدثني [illegible] مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيعكها على أن ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن أعتق * وحدثني [illegible] مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة ان أحب أهلك أن أصب لهم ثمنك صبة واحدة وأعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لأهلها فقالوا الا أن يكون ولاؤك لنا قال يحيى بن سعيد فزعمت عمرة أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق

ابن عباس بمعنى ذلك اشترطي عليهم الولاء ليس يسك وإن لهم يعني عليهم [illegible] وهو صحيح قال في رواية

ابن عمر في هذا الحديث انهم أبوا الا أن يكون لهم الولاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك

فان الولاء لمن أعتق ثم بين ذلك بقوله ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله عز وجل

من اشترط شرطا ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وذلك يقتضي أنهم وان اشترطوا الولاء

لأنفسهم في البيع فان اشتراط ذلك لا يمنع ولو اشترطوه مائة مرة فان شرط الله تعالى ما أمر به

وشرعه أحق وأوثق وانما الولاء لمن اشترط الولاء بالعتق لا بالشرط * وقد روى في المزنية عيسى

عن ابن القاسم في مكاتب باعه أهله من رجل على أن يعتقه ويكون الولاء لمن باعه فقال الولاء لمن

أعتقه والشرط باطل وقد قال سحنون في كتاب ابنه انما أمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة بشراء

بريرة وشرط الولاء لهم على معنى الخديعة [illegible] ولكن [illegible] الكلام لهم [illegible] في ذلك مع

الشرط قال سحنون اذ لا يحل القول من الملوك [illegible] الحكم كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال

اني لا انسى أو انسى لاسن [illegible] أثبت في النفوس من التعليم بالقول وأنكر قول من قال

اشترطي لهم بمعنى عليهم وقال ما [illegible] قاله

(فصل) وقوله فانما الولاء لمن أعتق [illegible] الأمة أجمعوا ان الوصية

[illegible] ان الولاء للميت [illegible] وروى ابن سحنون [illegible] ولاؤه

للعتق وان كره [illegible] قال القاضي أبو محمد [illegible] أو [illegible] وقال أبو حنيفة [illegible]

الولاء [illegible] ان الولاء [illegible]

[illegible]

[illegible] أصل ذلك [illegible] ولاؤه لعصبته وان كره ذلك (مسئلة) ومن

[illegible] الولاء [illegible] دون المعتق لانه لم يعتق [illegible]

[illegible]

فلما بعد العتق فإن المال سائغ للبائع وروى ابن الماجشون الولاء للبائع والعتق ماض ويرد الثمن
وجه القول الأول ما تقدم من أنه يجوز له إعطاء المال على تعجيل العتق وذلك جائز ووجه القول
الثاني أن العتق لما وقع بإذن سيدها فقد جوز له من أذن لرجل في أن يعتق أمته ولما بطل البيع رد
ما تعلق به من الثمن لأنه إنما أخذه على وجه الثمن ص * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن
عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته * ش نهيه عن بيع الولاء
وعن هبته أصل ذلك أن ينفرد بالبيع دون الرقبة إذا ثبت بعتق أو بعقد لازم بمعنى العتق فإنه
لا يجوز نقله عن محله ببيع ولا هبة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال إنما الولاء لمن أعتق يريد أن
الولاء إنما يثبت لمن أوقع العتق عن نفسه وقال العلماء إن معناه إذا أوقع عنه العتق غيره ومن انتقل
الولاء بعقد بيع أو هبة فليس بمعتق ولا معتق عنه وأما انتقال الولاء بالمواريث والحد من باب
ميراث الحقوق بسبب المعتق الموروث لا على أن الولاء ينتقل وإنما هو باق كالنسب (مسألة)
إذا ثبت ذلك فمن باع ولاء عبده فقد قال السحنون أبو إسحاق بطل بيعه ويرد الثمن على المبتاع ولو وهبه
لم يمض هبته وكان الولاء له لا للموهوب له قال لأن الولاء لا ينتقل كما لا ينتقل النسب قال وقد روي عن
بعض الصحابة إجازة هبة الولاء والدليل عليه ما تقدم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم ص
* قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على أنه يوالي من شاء إن ذلك لا يجوز وإنما الولاء لمن
أعتق ولو أن رجلا أذن لمولاه أن يوالي من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فإذا جاز لسيده أن
يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالي من شاء فتلك الهبة * ش قوله ليس للعبد أن يبتاع نفسه من
سيده على أن يوالي من شاء صحيح لأنه يجوز له أن يعتقه على أن يكون ولاؤه لمن شاء أو لغيره وأولى بمعنى
العبد وقال صلى الله عليه وسلم إنما الولاء لمن أعتق وقد قال العلماء معناه أو أعتق عنه وهذا الذي
يعتق العبد والأمة في المستقبل لم يعتق ولا أعتق عنه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء
وهبته وما يعتق العبد من صرف ولائه إلى من شاء إذا لم يكن العتق ولا يجوز أن ينتقل عن المعتق
عنه إلى من يختاره العبد ببيع أو هبة لأنه لم يثبت له ابتداء وكلا الوجهين ممنوع لنهيه صلى الله عليه
وسلم عنهما روى ابن القاسم عن مالك نهي عما كره مالك من أن يبتاع العبد نفسه من سيده على أن يوالي
من شاء أراه إن وقع ذلك أن يكون له أن يوالي من شاء قال الولاء للسيد والشرط باطل

* جر العبد الولاء إذا أعتق *

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد
بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أمهم بل هم موالينا فاختصموا إلى
عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم * ش قوله إن الزبير اشترى عبدا له بنون من امرأة
حرة فأعتقه فقضى عثمان بولائهم قال ابن سحنون عن أبيه ثبتت السنة عن الصحابة والتابعين
وغيرهم أن ولد المرأة الحرة من عبد ولاؤه لموالي أمه ما كان أبوه عبدا فإذا أعتق جر أباه ولاء ولده وإن
كان [illegible] فولاؤه للمسلمين حتى يعتق أبوه [illegible] مولى
[illegible] كان ولاء [illegible] لموالي أمهم فلما أعتق الزبير أباهم رأى أن [illegible] ولاء [illegible] قال ابن
المواز عن مالك ولو كان عتق العبد [illegible] بنفس العتق يجر الولاء ولا ينتقل إلى

* مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على أنه يوالي من شاء أن ذلك لا يجوز وإنما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلا أذن لمولاه أن يوالي من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فإذا جاز لسيده أن يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالي من شاء فتلك الهبة

* جر العبد الولاء إذا أعتق *

* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أمهم بل هم موالينا فاختصموا إلى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم

حكم ولا رضا أحد وقال مالك في العتبية من رواية أشهب ولو كان العبد [illegible] فأعتق
عدوه ومات عتقه إذا ناله العتق حيا ووجه ذلك أن الولاء يثبت بنفس وجود سببه بعد ثبوته لغير
من يجره إليه كان الملاعنة يثبت ولاؤه لموالي أمه إن كانت مولاة فإن أقر به بعد ذلك أبوه انتقل الولاء
إليه فورثه (مسئلة) ولو أن العبد من الحرة اشترى أباه فعتق عليه كان ولاء أبيه يجره إلى
موالي أمه رواه في العتبية أشهب عن مالك قال سحنون وهو قول جميع أصحابنا إلا ابن دينار فإنه
قال هو كالسائبة وولاؤه للمسلمين ووجه قول مالك أن الأب لما أعتقه ابنه كان ولاؤه له ولم يشبه ولاء
الابن ووجه قول محمد أن الابن لا يجر ولاء نفسه ولاء الأب لجماعة المسلمين ص (مالك أنه بلغه
أن سعيد بن المسيب سئل عن عبد له ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال سعيد إن مات أبوهم وهو عبد
لم يعتق فولاؤهم لموالي أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملاعنة من الموالي ينسب إلى موالي أمه
فيكونون هم مواليه إن مات ورثوه وإن جر جريرة عقلوا عنه فإن اعترف به أبوه ألحق به وصار
ولاؤه إلى موالي أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الحد * قال مالك وكذلك المرأة الملاعنة
من العرب إذا اعترف زوجها الذي لاعنها بولدها [illegible]

[illegible]

الموالي أمهم * قال مالك
ومثل ذلك ولد الملاعنة
من الموالي ينسب إلى
موالي أمه فيكونون هم
مواليه إن مات ورثوه وإن
جر جريرة عقلوا عنه فإن
اعترف به أبوه ألحق به
وصار ولاؤه إلى موالي
أمه وكان ميراثه لهم وعقله
عليهم ويجلد أبوه الحد * قال
مالك وكذلك المرأة
الملاعنة من العرب إذا
اعترف زوجها الذي
لاعنها بولدها [illegible]

[illegible]

حر الجد أبو الأب الولاء والميراث * ش ومعنى ذلك ان الجد يجر الى مواليه ولاء ابن ابنه ما كان
الأب عبدا قال ابن المواز مات أو عاش ووجه ذلك ان جر الولاء معنى يختص بالابوة ولا يشاركه في
ذلك الأب غير الجد قاله سحنون عن ابن الماجشون وكذلك أبو الجد اذا كان حرا وكان الجد وابنه
عبدين فانه يجر الى مواليه ولاء ابن ابنه حتى يعتق الجد فينتقل الولاء الى موالي الجد أو حتى يعتق
الأب فينتقل الولاء الى مواليه وان مات الأب عبدا ثبت الولاء لمن جره اليه الجد قال في كتاب ابن
المواز ولا ينقل أحد من القرابات الولاء الا الأب

(مسئلة) وقوله وان كان للعبد ابنان حران وأب فمات أحد الابنين حرا للجد الولاء والميراث يريد ان
الابن اذا مات عبدا لا يرث ولا يجر ولاء ولا يحجب من مات من ولده فاذا أبو الاب يجر ولاء الميت لأن
الأب يمنعه الرق والعبودية تمنع الميراث وجر الولاء والاخ لا يجر ولاء ص * قال مالك في الامة تعتق
وهي حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل ان تضع حملها أو بعدما تضع ان ولاء ما كان في بطنها
للذي أعتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذي تحمل به
أمه بعد العتاقة لان الذي تحمل به أمه بعد العتاقة اذا اعتق أبوه جر ولاءه * ش وهذا على ما قال
ان من أعتق أمة وهي حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو
بعدما تضع ان ولاء الولد ثبت لموالي أمه لا يجره أبوه اذا اعتق قاله [illegible] عن ابن الماجشون وذلك
اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من يوم عتق الام فان ولدته لستة أشهر فأكثر قال الشيخ أبو محمد
يريد [illegible] ظاهر الحمل والزوج مرسل عليها فان الاب يجر ولاءه الى معتقه ووجه ذلك ان
الولد [illegible] مسه الرق [illegible] فان ولاءه ثبت لمعتقه لقوله صلى الله عليه وسلم وانما الولاء لمن أعتق ولا
[illegible] الرق ان تعتقه الام لاقل من ستة أشهر من يوم
عتقت أو يكون [illegible] ظاهر الحمل أو يكون زوجها [illegible]
[illegible]

حر الجد أبو الاب الولاء
والميراث * قال مالك
في الأمة تعتق وهي حامل
وزوجها مملوك ثم يعتق
زوجها قبل أن تضع
حملها أو بعدما تضع ان ولا
ما كان في بطنها للذي
أعتق أمه لان ذلك
الولد قد كان أصابه الرق
قبل أن تعتق أمه وليس
هو بمنزلة الذي تحمل به
أمه بعد العتاقة لان الذي
تحمل به أمه بعد العتاقة اذا
عتق أبوه جر ولاءه * قال
مالك في العبد يستأذن
سيده أن يعتق عبدا له
فيأذن له سيده ان ولاء
العبد المعتق لسيد العبد
لا يرجع ولاؤه لسيده
الذي أعتقه وان عتق

... العتق حتى يعتق العبد (مسئلة) وأما عتق المدبر وأم الولد فان
أعتق أحدهم باذن السيد في وقت للسيد انتزاع ماله فولاء ما أعتق للسيد ثم لا يرجع الولاء لمن أعتق
المدبر وأم الولد لأنه اذن في العتق في وقت كان له انتزاع المال كاذنه للعبد وان كان العتق باذن السيد
في وقت لا يجوز للسيد أن ينتزع مالهما من مرض السيد فان ولاء ما أعتقوه باذن السيد يرجع اليهم
اذا عتقوا وكذلك المعتق الى أجل في قرب الأجل الذي يمنع انتزاع ماله وبعده الذي لا يمنع منه قاله
مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وقال عبد الله بن عبد الحكم اختلف في ولاء ما أعتق المدبر
وأم الولد وأحب الي أن يكون للسيد وان مات من مرضه لا يرجع اليهما [illegible] الا ان كان له أحد
مالها انتزعه فان صح [illegible] لانه لا يقطع منعه من مالها المحجور عليه من الصحة وذلك يجعل الولاء
له (مسئلة) وأما من أعتق منهم بغير اذن السيد فلم يعلم به حتى عتقوا فان ولاء ما أعتقوه يكون
لهم دون السيد ان لم يكن السيد استثنى مالهم وان استثنى مالهم بطل العتق [illegible] قاله كله في
الواضحة مطرف وابن الماجشون ورواه أصبغ عن ابن القاسم (فرع) فاذا قلنا ان ولاء من
أعتق المدبر وأم الولد في مرض السيد لهما دون السيد فان صح السيد من مرضه ذلك فقال أصبغ
الولاء لهما ولا يرجع الى السيد وقال محمد حكم ذلك حكم مالهما [illegible]
[illegible] وكذلك ولاء [illegible] (مسئلة) [illegible]
[illegible]
[illegible] ثم ظهر انه ممن يجوز انتزاع ماله فلا يرجع الولاء [illegible]
[illegible] مطرف وابن الماجشون وابن القاسم في المدبر وأم الولد [illegible]
[illegible]

﴿ ميراث الولاء ﴾

ش [illegible] مالك [illegible] عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم [illegible] عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

﴿ ميراث الولاء ﴾
* حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبيه أنه أخبره أن العاصي بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لأم ورجل لعلة فهلك أحد اللذين لأم وترك مالا وموالي فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاءه مواليه ثم هلك الذي ورث المال وولاء الموالي وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبي أحرز من المال وولاء الموالي وقال أخوه ليس كذلك انما أحرزت المال وأما ولاء الموالي فلا أرأيت لو هلك أخي اليوم ألست أرثه أنا فاختصما الى عثمان فقضى لأخيه بولاء الموالي

أحق الناس بولاء موالي أبيه ثم الأب ثم الأخ الشقيق أو للأب ثم ابن الأخ الشقيق أو للأب هما أولى من الجد وأما الأخ للأم وابنه فلا حظ له في الولاء والجد أولى من العم وجه تقديم الإخوة وبني الإخوة على الجد في الولاء بخلاف الميراث أن الميراث إنما يورث بالتعصيب المحض دون الفروض والإخوة وبنو الإخوة أثبت منهم في التعصيب من الجد لأنهم لا يرثون بفرض والجد يرث بالفرض مع أنهم أقرب إلى الميت من الجد لأنهم يدلون بالبنوة والجد يدلي بالأبوة والبنوة أثبت في التعصيب من الأبوة

(مسئلة) وإذا توفي رجل له عاصبان متساويان في العقد أحدهما أخ لأم ففي كتاب ابن المواز عن مالك وابن القاسم هما سواء في استحقاق ولاء مواليه وقال أشهب الأخ للأم أحق من سائرهم كالأخوين أحدهما شقيق والآخر للأب فالشقيق أولى لزيادة القرابة بالأم وكذلك العم الشقيق مع العم للأب

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم أنه أخبره أبوه أنه كان جالسا عند أبان بن عثمان فاختصم إليه نفر من جهينة ونفر من بني الحارث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من بني الحارث بن الخزرج يقال له إبراهيم بن كليب فماتت المرأة وتركت مالا وموالي فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالي قد كان ابنها أحرزه فقال الجهنيون ليس كذلك إنما هم موالي صاحبتنا فإذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى أبان بن عثمان للجهنيين بولاء الموالي * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب قال في رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك موالي أعتقهم هو عتاقة ثم إن الرجلين من بنيه هلكا وتركا أولادا فقال سعيد بن المسيب يرث الموالي الباقي من الثلاثة فإذا هلك هو فولده وولد أخويه في الموالي شرع سواء ﴾ ش قوله في المرأة الجهنية التي توفيت عن مال وموال فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالي قد كان ابنها أحرزه وقال الجهنيون هم موالي صاحبتنا فإذا مات ولدها فلنا الولاء فقضى أبان بن عثمان بولائهم للجهنيين يريد ... من أن الابن يحرز الولاء لمن كان أحق به يوم موت الموالي وذلك أن الولاء بمنزلة النسب إنما يقدم من ثبت الولاء له أنه بمنزلة ثبوت النسب فيكون القوم الرجل أحق بالرجل من جهة النسب ثم ينتقل الأمر فيكون غيره أحق به منه بمنزلة الميراث وقد يسقط عنه الرجل ويكون غيره أحق به ثم يكون عند الميراث وكذلك الولاء يعتق الرجل المولى ثم يتوفى عن أخ وولد فالولد أقرب إلى الموالي لأنه أقرب إلى المعتق فإن مات الابن بعد الجد والأخ للأخ فمن مات من الموالي بعد موت الولد ورثه الأخ دون ورثة الابن لأنه إنما ينظر إلى استحقاق المال يوم مات الموروث لا يوم أعتقه أو نسبه سواء كان ذلك بنسب أو ولاء وفي المواز بنة في امرأة ماتت عن ولد ذكر ابن ... فورثها وتركت موالي ثم مات الابن وترك عمه وخاله فالولاء لخاله دون عمه لأن الخال عصبة أمه يريد أنه أحق ولو ماتت الأم كان الابن أقرب الناس إليها وأحق بميراث مواليها وروى عيسى عن ابن القاسم ميراث موالي المرأة لولدها الذكور وعقلهم على قومها وإنهم يرثون ولم يثبت له الولاء بموت ولاء من أعتق وإنما ثبت له بأنه أحق به الآن من أخيها أو ملكه أولا من أعتق لا ينتقل عنه إلى غيره فلما مات الابن صار أخوها لذلك أحق من غيره وأما عم الابن فلا مدخل له فيه لأنه لا ينسب به ... ولاء من أعتقت وقد قال أشهب في هذه المسألة وما ورث ابنها الولاء إلا ... ليس من قومها ولكن لما كان الولد أقوى تعصيبا والولاء بمحض التعصيب قدم على قومها فلما مات قدم أقرب قومها إليها

(مسئلة) ولو أن عبد الله ابن وابنه اشتريا أباه فعتق عليهما ثم أعتق الأب عبدا ثم مات الأب ثم مات مولاه ورثه الابن فيهما بالنسب ويرث المولى للابن وحده وكذلك لو أعتقت الابنة وحدها الأب فإنه مالك

* وحدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم أنه أخبره أبوه أنه كان جالسا عند أبان بن عثمان فاختصم إليه نفر من جهينة ونفر من بني الحارث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من بني الحارث بن الخزرج يقال له إبراهيم بن كليب فماتت المرأة وتركت مالا وموالي فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولاء الموالي قد كان ابنها أحرزه فقال الجهنيون ليس كذلك إنما هم موالي صاحبتنا فإذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى أبان بن عثمان للجهنيين بولاء الموالي * وحدثني مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب قال في رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك موالي أعتقهم هو عتاقة ثم إن الرجلين من بنيه هلكا وتركا أولادا فقال سعيد بن المسيب يرث الموالي الباقي من الثلاثة فإذا هلك هو فولده وولد أخويه في الموالي شرع سواء

وفى المجموعة وهو فى الموازية وكتاب ابن سحنون قالا لانه لا يورث بالولاء الا مع عدم النسب
قوله الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه ومعنى ذلك ان من أعتق عبده فولد ثم أعتق
الأب سيده او مات فان الولد يرث الموالى دون من أعتق أباه لان وراثه الابن موالى أبيه وراثه بالنسب
ثابتة بالولاء ووراثه معتق الأب لموالى الأب وراثه بالولاء ما يثبت بالولاء وفى الكتابين ان مما بين هذا
انه لو كان موضع الابن أخ لورث موالى الأب الابن دون الأخ لما ... ان الابن يرثهم بالنسب
والأخ يرثهم بالولاء

﴿ ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودي أو النصراني ﴾

ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن السائبة قال يوالى من شاء فان مات ولم يوال أحدا فميراثه للمسلمين وعقله عليهم * قال مالك ان أحسن ما سمع فى السائبة انه لا يوالى أحدا وان ميراثه للمسلمين وعقله عليهم ﴾

ش وهذا على ما قال انه يعتق الرجل عبده سائبة وروى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم أكره ... فى السائبة لانه ... الولاء قال عيسى ... أكرهه وأنهى عنه قال أصبغ وهو لا يعجبنا

للمسلمين وعقله عليهم * قال مالك ان أحسن ما سمع فى السائبة انه لا يوالى احدا وان ميراثه للمسلمين وعقله عليهم * قال مالك فى اليهودي والنصراني يسلم عبد أحدهما فيعتقه قبل ان يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبدا قال ولكن اذا أعتق اليهودي أو النصراني عبدا على دينهما ثم أسلم المعتق قبل ان يسلم اليهودي أو النصراني الذى أعتقه ثم أسلم الذى أعتقه رجع اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه * قال مالك وان كان لليهودي او النصراني ولد مسلم ورث موالى أبيه اليهودي ...

لكان أحق بميراثه من بيت المال فيكون ذلك أولى لأنه يستحق الميراث بالنسب والرق ينافي التوارث ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه له

(فصل) وقوله وإن أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع إليه الولاء أبدا وذلك أن العتق وقع في وقت منع ثبوت الولاء لافتراق الدينين لأنه لا نسب ولا ولاء لمسلم للكافر قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض فإذا أعتق الكافر المسلم ولم يصح ثبوت الولاء للكافر ولا بد من الولاء لم يكن له موضع يرجع إليه إلا إلى جماعة المسلمين فثبت ولاؤه لهم لقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض

(فصل) وقوله وإن أعتق اليهودي أو النصراني عبدا على دينه ثم أسلم المعتق ثم أسلم من أعتقه رجع إليه ولاؤه لأنه قد ثبت له الولاء يوم أعتقه يريد أن النصراني إن أعتق عبده النصراني فقد ثبت له ولاؤه لاتفاق الدينين فإن أسلم أحدهما ثم مات المعتق لم يرثه المعتق لاختلاف الدينين وذلك معنى يمنع التوارث مع النسب وكذلك مع الولاء ولو جمعهما الإسلام بعد العتق ثم مات لورثه المعتق لاجتماعهما في الدين ولا يمنع من ذلك افتراقهما في الدين بعد ثبوت الولاء كما لا يمنع من ذلك افتراقهما في الدين بعد ثبوت النسب إذا كانوا مسلمين يوم التوارث فالمراعى في ثبوت الولاء يوم العتق أن يكونا على دين واحد لا إلى أي دين كان من إيمان أو كفر والمراعى في استحقاق الميراث يوم الموت أن يكونا على دين الإسلام وذلك أن الكفر لا يمنع ثبوت الولاء وإنما يمنع [illegible] لاختلاف الدينين

(فصل) وقوله وإن كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم لم يرث موالي أبيه اليهودي أو النصراني إذا أسلم المعتق [illegible] الكافر إذا [illegible] الكافر [illegible]

[illegible] فإذا أسلم المعتق [illegible] ثم مات ولم [illegible] [illegible]

[illegible] الولاء [illegible] العتق والمعتق [illegible]

[illegible]

[illegible] الولاء [illegible]

اليهودي أو النصراني [illegible] على دينه [illegible]

الموالي [illegible] رجع إليه الولاء وإن [illegible] وكذلك [illegible]

[illegible] والله أعلم وأحكم

(فصل) ولو كان العتق حين أعتقه [illegible] اليهودي لا [illegible]

اليهودي أو النصراني [illegible] أعتقه [illegible] المعتق [illegible]

يرث المسلم من ولد النصراني المعتق لأن الولاء لم يثبت للنصراني على [illegible]

العتق فأما المسلم [illegible] الولاء للنصراني [illegible] فإن مات [illegible]

ولا [illegible] (مسئلة) وإذا أعتق المسلم نصرانيا [illegible] الولاء [illegible]

[illegible] وله ورثته وإن مات النصراني قبل أن [illegible] ولا [illegible] الساقي

[illegible] والدليل على ما نقوله أن الولاء [illegible] التوارث [illegible] أن الدين

[illegible] الولاء [illegible] ذلك [illegible]

تم الجزء السادس من كتاب المنتقى ويليه الجزء [illegible]

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

